

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

Tiago Afonso Wolke

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA ILÍCITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Análise dos efeitos da fraude em relação ao trabalhador terceirizado

Porto Alegre

2014

TIAGO AFONSO WOLKE

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA ILÍCITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Análise dos efeitos da fraude em relação ao trabalhador terceirizado

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2014

TIAGO AFONSO WOLKE

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA ILÍCITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Análise dos efeitos da fraude em relação ao trabalhador terceirizado

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Aprovado em Porto Alegre, 18 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Leandro Amaral Dorneles de Dorneles
Orientador

Professora Doutora Luciane Cardoso Barzotto

Professor Doutor Alcídio Soares Junior

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais, pela incondicional confiança e pelos conselhos nos momentos de maior dúvida, e ao meu irmão Rafael, sempre meu maior motivador.

Ao Professor Leandro, pela paciente, prestativa e atenciosa orientação, bem como pelas excelentes aulas.

Aos colegas de trabalho, por desenvolverem meu apreço pelo Direito do Trabalho, pelos incentivos e pela confiança, pelos conselhos e pela amizade.

Aos colegas e amigos da UFRGS, companheiros no desenvolvimento acadêmico e nas angústias prévias ao término do curso de graduação, e de cujas amizades haverá de não se ater ao ambiente da Universidade.

RESUMO

O presente trabalho analisa, inicialmente, as principais características do fenômeno da terceirização trabalhista, o contexto histórico do seu surgimento no país e do crescimento de sua utilização como forma de obtenção de mão-de-obra, bem como as peculiaridades da prática na administração pública. Na sequência, verificar-se-á que a solução jurídica encontrada pelos tribunais pátrios para as hipóteses de terceirizações fraudulentas nas empresas privadas – qual seja, a formação do vínculo empregatício do trabalhador com o ente tomador dos serviços – é inaplicável no âmbito da administração pública, em face do art. 37, inciso II, da Constituição, e o seu inafastável requisito de prévia aprovação em concurso público para investidura em empregos públicos. Tal fato gera uma lacuna quanto à resposta jurídica aplicável ao problema. Passa-se, a seguir, a uma análise das diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema no país, e das consequências jurídicas da prática da terceirização fraudulenta nos entes públicos de acordo com cada uma das vertentes. Tal estudo terá como objetivo a identificação de solução jurídica que harmonize os princípios protetivos do Direito do Trabalho com a expressa norma constitucional.

Palavras-chave: trabalho; terceirização; administração pública; isonomia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA.....	10
1.1 Núcleo básico da teoria clássica do Direito do Trabalho.....	10
1.2 A terceirização como fenômeno estranho à clássica relação de emprego.....	12
1.3 A terceirização: conceito e distinção de institutos similares.....	14
1.3.1 Terceirização e contrato de trabalho temporário.....	18
1.3.2 Terceirização e contratos de empreitada e subempreitada.....	21
1.4 Breve histórico do fenômeno no Brasil.....	25
2 TERCEIRIZAÇÃO NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	44
2.1 Terceirização e a descentralização administrativa.....	44
2.2 Previsões legais.....	46
2.3 Diferenciação de institutos semelhantes: a concessão e a permissão.....	50
2.4 Hipóteses lícitas e ilícitas de terceirização na administração pública.....	53
2.5 Efeito jurídico da terceirização ilícita na administração pública.....	58
2.5.1 Impossibilidade de reconhecimento do vínculo: primazia do interesse público.....	63
2.5.2 Formação do vínculo empregatício e a primazia à tutela ao trabalhador.....	68
2.5.3 Contrato nulo e a súmula 363 do TST.....	72
2.5.4 Aplicação do princípio da isonomia salarial.....	77
2.6 Responsabilidade pelos créditos reconhecidos.....	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	93
REFERÊNCIAS.....	96

INTRODUÇÃO

A prática da terceirização apresenta-se como fenômeno estranho perante a construção teórica clássica do Direito do Trabalho, que se efetivou sobre o modelo recorrente de relação bilateral - tendo apenas o polo patronal e o polo do trabalhador. A relação trilateral envolve, além da relação de emprego firmada mediante contrato com a empresa terceirizada, uma relação 'econômica' de trabalho com a empresa tomadora dos serviços, peculiaridade que afasta o fenômeno do objeto recorrente dos estudos do Direito do Trabalho, a relação empregatícia.

Trata-se de fenômeno relativamente novo no cotidiano laboral pátrio. Surgida em um momento de crise econômica e de procura por novas soluções empresariais para a obtenção de mão-de-obra com custos mais reduzidos, a terceirização tornou-se uma nova modalidade de gestão empresarial. Foi também nesse contexto que a prática passou a ser reiteradamente procurada pelos entes vinculados à administração pública brasileira, em um processo de descentralização que intentava desinchar a máquina administrativa estatal.

O fato de ser um fenômeno recente, e desvinculado do objeto clássico do Direito do Trabalho, fez com que o fenômeno terceirizante não fosse alvo de grande atenção por parte do legislador pátrio. Não é a prática regulada pela CLT, que data da década de 1940, e tampouco na legislação trabalhista surgida posteriormente. Em face de tal omissão legislativa, regulação da terceirização no país é objeto principalmente da jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. As principais súmulas jurisprudenciais que trataram do tema, historicamente, no país são as súmulas nº 256, de 1986, e nº 331, de 1993, ambas do Tribunal Superior do Trabalho.

Tal jurisprudência acabou por consolidar critérios específicos para ser reputada a prática da terceirização como lícita ou ilícita. Inobstante, para as hipóteses ilícitas dessa forma de contratação de mão-de-obra, a jurisprudência sempre se inclinou a uma solução jurídica definida: o reconhecimento direto do vínculo empregatício entre o trabalhador, cuja força laborativa foi fraudulentamente adquirida, e o tomador dos serviços, agente da fraude e por ela beneficiado. Desde o início da consolidação da jurisprudência sobre o tema, tal fora a consequência jurídica imputada nos casos de verificação de terceirização ilícita, com o reconhecimento da relação de emprego e a extensão, ao trabalhador, de todas as normas

pertinentes à efetiva categoria obreira. E essa solução era originalmente aplicada, indistintamente, para as hipóteses em que figuravam no polo do tomador de serviços empresas privadas ou públicas.

Contudo, tal solução jurídica não mais se mostrou suficiente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ocorre que a nova Carta Constitucional instituiu a necessidade inarredável de prévia aprovação em concurso público como requisito essencial para a investidura em empregos públicos. Dessa forma, a formação do vínculo empregatício direito do trabalhador terceirizado com o ente tomador dos serviços vinculado à administração pública tornou-se inviável, sob pena de subversão da regra constitucional então criada. A solução jurisprudencial para as hipóteses ilícitas de terceirização encontrava, então, exposto obstáculo no texto constitucional. O TST acabou por ratificar a impossibilidade de formação do vínculo empregatício do trabalhador ilicitamente terceirizado com a administração pública no item II da súmula nº 331, anteriormente mencionada.

O presente trabalho abordará a procura da jurisprudência pátria por uma resposta ao problema identificado: afinal, se é inaplicável a solução jurídica anteriormente consagrada na hipótese em comento, há de se encontrar uma resposta que permita, concomitantemente, tutelar os direitos do trabalhador envolvido no ilícito – o que é, afinal, o objeto último do Direito do Trabalho – sem violar frontalmente a disposição constitucional.

Tem-se, pois, que o objetivo geral do presente estudo é centrado na procura por uma solução para o problema constatado que tenha o condão de conjugar, harmonizar, os princípios gerais de tutela do Direito do Trabalho com a supremacia do interesse público e os princípios da moralidade e da impessoalidade na administração pública, principais alvos do óbice previsto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Também procurará o trabalho encontrar uma solução que não beneficie o agente do ato ilícito, que já foi beneficiado pelo trabalho despendido pelo obreiro, de modo a não incentivar e tampouco facilitar a prática da terceirização ilícita, mas, justamente pelo contrário, tenha certo caráter sancionador, de modo a frear a prática da ilegalidade que se mostra prejudicial ao obreiro instrumento da fraude e injusta inclusive com os demais trabalhadores do setor.

Como técnica de pesquisa será utilizado o método qualitativo, sendo abordados entendimentos jurisprudenciais e seu avanço no decorrer dos últimos. Portanto, será utilizada

documentação indireta, envolvendo precedentes jurisprudenciais de tribunais regionais do trabalho, bem como do Tribunal Superior do Trabalho. Não obstante, serão abordadas as diferentes posições doutrinárias acerca da matéria. Para análise e interpretação das abordagens dos autores e dos precedentes utilizados, a pesquisa utilizará como método de abordagem o hipotético-dedutivo. Como método de procedimento, será utilizado basicamente o monográfico.

O primeiro capítulo será dedicado a uma análise do fenômeno da terceirização trabalhista em geral. Na primeira parte do capítulo, será estudado o instituto da terceirização, suas características e peculiaridades em comparação com institutos semelhantes; na segunda etapa, será abordado o crescimento de sua utilização no Brasil e o tratamento legislativo e jurisprudencial do tema.

O capítulo final do trabalho, por sua vez, analisará inicialmente a terceirização como fenômeno vinculado à idéia de descentralização da administração pública, e as normas que tratam da prática em tal segmento das relações de trabalho, com a caracterização das hipóteses lícitas e ilícitas da terceirização na administração pública. Em seguida, abordar-se-ão as hipóteses mencionadas na doutrina e na jurisprudência acerca da solução jurídica procurada para o problema em foco, a terceirização ilícita na administração pública. Por fim, será feita breve menção acerca do regime de responsabilidade aplicável na hipótese em relação ao ente tomador dos serviços.

1 TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

1.1 Núcleo básico da teoria clássica do Direito do Trabalho

O direito individual do trabalho desenvolveu-se historicamente como regulatório de um núcleo básico: a relação de emprego, sendo esta uma espécie do gênero ‘relação de trabalho’,¹ e específica para o modelo recorrente de relação bilateral - tendo apenas em foco o polo patronal e o polo do trabalhador, ou seja, a relação entre empregador e empregado, que possui características específicas.

Cesarino Júnior traduz o próprio conceito de Direito Individual do Trabalho como “conjunto de leis que consideram individualmente o empregado e o empregador, unidos em uma relação contratual”.² O ramo jurídico se foca na relação em que se contrapõem em dois polos o empregador e o empregado, em uma relação com elementos básicos e recorrentes.

É empregador, em conceito extraído por Süsskind do que dispõe o art. 2º da CLT:

Pessoa natural ou jurídica que utiliza e dirige a prestação de serviços de um ou mais trabalhadores, numa relação jurídica em que estes ficam subordinados ao seu poder de comando e dele recebem os correspondentes salários. Esse poder de comando, ou hierárquico, é atribuído ao empregador porque só a ele cabe o risco da atividade para cuja execução contrata empregados³.

O empregado, por sua vez, é definido pela CLT em seu art. 3º “como a pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Assim, como resume Maurício Godinho Delgado, extrai-se dos artigos 2º e 3º da CLT que a relação jurídica objeto do desenvolvimento teórico desse ramo do Direito é aquela que contém cinco elementos básicos: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; também efetuada com

¹ Nesse sentido, a conceituação de Maurício Godinho Delgado: “A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 266.

² CESARINO JÚNIOR. *Apud*. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 73.

³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 185.

não-eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade⁴. Aduz o jurista que “o núcleo fundamental do Direito do Trabalho situa-se, sem dúvida, na relação empregatícia de trabalho, construindo-se em torno dessa relação jurídica específica todo o universo de institutos, princípios e regras características a esse específico ramo jurídico”.⁵

Delimitado seu campo de estudo, fato é que as relações fáticas de utilização da força de trabalho alheio são muito mais amplas que a relação de emprego, de modo que a maior variedade encontra-se fora da área de abrangência do Direito do Trabalho. Diversas são as relações que envolvem a força de trabalho sem pressupor a existência de vínculo de emprego, estritamente. Alice Monteiro de Barros, denominando tais relações jurídicas como “relações de trabalho *lato sensu*”, cita como exemplos o trabalho autônomo, o eventual e o avulso, entre outros.⁶

Tais relações divergem da clássica relação de emprego por lhes faltar, dentre aqueles cinco elementos básicos enumerados supra, ao menos um. Exemplifica Márcio Túlio Viana:

Assim é que, na prestação de serviços ‘*stricto sensu*’, está ausente o pressuposto da subordinação; no trabalho eventual, falta, naturalmente, a não-eventualidade; no trabalho voluntário, a onerosidade. Daí por que esses contratos criam relações de trabalho, mas não de emprego.⁷

Percebe-se que todas as relações de trabalho referidas têm em comum a alienação, por parte do hipossuficiente, de sua força de trabalho em favor de uma organização produtiva. Contudo, em face da delimitação do núcleo do Direito do Trabalho, estas situações jurídicas acabam excluídas de sua área de abrangência.

Vê-se, portanto, que o campo de relações reguladas pelo Direito do Trabalho enquanto ramo jurídico mantém-se, de certa forma, mais estrito, fechado, ainda que as formas de exploração de mão de obra tenham se diversificado. Reflete Mauricio Godinho Delgado:

O Direito do Trabalho é, fundamentalmente, portanto, o Direito dos ‘empregados’, especificamente considerados. Não é, porém, o Direito de todos os ‘trabalhadores’, considerados em seu gênero. Excluem-se da área de

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 269.

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 81.

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 173.

⁷ VIANA, Marco Túlio. As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência, *in* **Nova competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2005, p. 266.

abrangência desse ramo jurídico especializado, em consequência, inúmeras categorias específicas de trabalhadores não empregatícios.⁸

Em torno desse núcleo básico, que é a relação de emprego, construíram-se os princípios que norteiam o direito trabalhista, as funções que dele se esperam – como a proteção ao polo hipossuficiente e a melhoria das condições sociais do trabalhador - e as regras e institutos que regulam suas relações.⁹

Exatamente por isso que é que o objeto do presente estudo, a contratação de força de trabalho mediante o que se denomina terceirização, apresenta-se como elemento estranho perante a construção teórica clássica do Direito do Trabalho, dada a concepção da relação individual de emprego. Conforme será exposto, trata-se de relação não bilateral, mas trilateral, eis que envolve, além da relação de emprego firmada mediante contrato entre empregado e empregador, a figura da empresa tomadora dos serviços, que contrata o empregador como intermediador da prestação laboral e se utiliza da força laboral do trabalhador em seu proveito.

Também verificaremos que a prática, por envolver a intermediação de mão de obra, implica desajustes em relação aos princípios norteadores do direito trabalhista, mormente àqueles ligados à proteção do trabalhador, polo mais frágil da relação.

1.2 A terceirização como fenômeno estranho à clássica relação de emprego

Considerando-se a concepção clássica da relação de emprego, o trabalho terceirizado, como já exposto, apresenta novo elemento interposto em meio à relação de utilização de mão-de-obra. Como resume Sérgio Pinto Martins, “a terceirização compreende relação triangular: trabalhador, prestador de serviços, tomador de serviços. O contrato de trabalho é bilateral, firmado apenas entre empregado e empregador”.¹⁰ Trabalho terceirizado, portanto, é aquele por meio do qual o trabalhador é contratado para fornecer sua força de trabalho ao tomador de serviços mediante interposta pessoa jurídica.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 53.

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 81.

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.12.

Tal novo elemento – qual seja, a figura do tomador de serviços como ente distinto do empregador na relação de trabalho – distancia o trabalho terceirizado do clássico objeto de estudo do Direito do Trabalho, a relação de emprego. Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado leciona que “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”.¹¹

Mauricio Godinho Delgado define o fenômeno de forma ampla, demonstrando que o procedimento implica uma divisão dos aspectos envolvidos em uma relação de emprego:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista 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 justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.¹²

No entendimento de Delgado, portanto, a clássica relação de emprego se divide, mantendo o trabalhador relação econômica com o tomador de serviços, por participar do processo produtivo, e relação subordinada com o ente terceirizante, de quem é empregado. Note-se que há clara dissociação do polo patronal aqui configurado com a clássica definição de empregador, contida no art. 2º da CLT – “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. A contratação do trabalhador pelo expediente da terceirização separa os elementos contidos no dispositivo, eis que o ente que assume os riscos da atividade econômica não é o mesmo que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Carmen Camino ressalta ainda que a clássica relação bilateral de emprego encontra certa flexibilização no processo de terceirização:

A chamada terceirização ou terciarização dos serviços na empresa deve ser examinada à luz desses traços típicos da relação de emprego – não-eventualidade dos serviços, subordinação hierárquica do empregado e pessoalidade da prestação da força de trabalho – sob ótica mais flexível, de sorte a permitir, em determinadas circunstâncias, a delegação de algumas atividades da empresa para terceiros.¹³

De qualquer forma, ainda que possua peculiaridades que a diferenciam da relação de emprego clássica – a mais gritante delas é o fato de ser uma relação trilateral -, as

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 407.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 407.

¹³ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 235/236.

controvérsias justrabalhistas que envolvam a terceirização ou dela decorram são de fato reguladas pelos princípios e normas do Direito Individual do Trabalho. Em primeiro lugar, por conter, inerente a si, relação de emprego, efetivamente. Mas também por conter a parte hipossuficiente do trabalhador, em uma situação ainda mais fragilizada frente ao polo patronal – mormente considerando-se as recorrentes práticas fraudulentas de terceirização, usadas em proveito econômico das empresas e em prejuízo dos trabalhadores.

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado confirma:

Todas as situações envolvendo terceirização (conservação e limpeza, atividades-meio, vigilância, trabalho temporário), caso tenham no polo do prestador de serviços uma pessoa natural que labore com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação, são situações regidas pelo Direito do Trabalho, com contratos de emprego entre o obreiro terceirizado e a empresa terceirizante.¹⁴

O Direito do Trabalho, portanto, deve se preocupar com a regulação do fenômeno em estudo, dada a existência de relação de emprego envolvida no processo e a necessidade de amparo jurídico ao trabalhador na hipótese.

1.3 A terceirização: conceito e distinção de institutos similares

O vocábulo utilizado para designar o fenômeno estudado já demonstra sua característica marcante. Conforme ensina Delgado, “a expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra ‘terceiro’, compreendido como ‘intermediário’, ‘interveniente’”.¹⁵ Delgado aduz que “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 à empresa”.¹⁶

Quanto à difícil tarefa de apresentar um conceito restrito do fenômeno, dadas as diversificadas formas pelas quais ele se apresenta, importa ressaltar que existem diferentes entendimentos acerca de sua abrangência do que se entende por terceirização. Isto porque o conceito possui semelhanças com formas diversas de aproveitamento de mão-de-obra sem a formação de vínculo empregatício e com a existência de intermediador entre o trabalhador e o

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 426.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 407.

¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 407.

tomador de seus serviços – como o trabalho temporário, a empreitada e a subempreitada, por exemplo.

Pode-se estudar a terceirização sob um ponto de vista mais estrito, como um fenômeno específico de relação de trabalho com peculiaridades e diferenças em relação aos demais institutos referidos. Entender tais diferenciações é essencial para compreender o fenômeno em si.

Enquanto conceito jurídico próprio, a terceirização possui características específicas, de modo que não corresponde a toda e qualquer contratação de mão-de-obra em que exista um intermediador, interposto na contratação. Assim, em um conceito mais adequado e restrito ao fenômeno que é de fato o objeto do presente estudo, “consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa”,¹⁷ na lição de Sérgio Pinto Martins. Como explica o autor, “trata-se, na verdade, de uma estratégia na forma de administração de empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial”.¹⁸ No entender do autor, o fenômeno surgiu justamente como estratégia voltada ao incremento da produção empresarial.¹⁹

Em foco no presente trabalho está o instituto que surgiu, historicamente, como forma de horizontalização da atividade econômica empresarial, por meio da qual, como prossegue Martins, “as empresas transferem para outras parte das funções que exerciam diretamente”.²⁰ A utilização desta forma de contratação de mão-de-obra objetiva a concentração dos esforços da empresa na sua principal atividade econômica. A empresa “procura a qualidade final de seu produto, dedicando-se apenas ao ‘foco’ de sua atividade, ou seja, à sua atividade-fim, delegando a terceiros suas outras atividades”.²¹

O fenômeno em estudo, portanto, tem como essência, sob o enfoque empresarial, o foco na atividade principal da empresa, visando a especialização. Arnaldo Süssekind também analisa o tema sob tal ponto de vista.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 7.

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 7.

Essa terceirização, como ficou conhecida, objetivou a um só tempo reduzir os custos da produção e permitir que as empresas concentrem suas pesquisas, planejamentos, investimentos, capacitação e reciclagem do seu pessoal nas atividades caracterizadoras de seu objeto social e nas atividades-meio essenciais do seu funcionamento.²²

Assim, a terceirização, ao menos de acordo com a sua justificativa, seu fundamento de existência, sua explicação histórica, tem como principal característica e finalidade o foco da empresa no exercício de sua atividade-fim. Na lição de Mauricio Godinho Delgado:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico mais amplo.²³

Pode-se dizer que as atividades-fim são essenciais, nucleares ao objetivo econômico da empresa.

Para concretizar tal concentração de esforços em suas atividades-fim, a empresa cede a outros entes o exercício de suas atividades-meio – estas conceituadas pelo jurista supra referido como “funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica”.²⁴ São atividades periféricas, que sem dúvida auxiliam na consecução dos resultados à empresa e têm importância fundamental, mas são desligadas do contexto econômico do empreendimento. São atividades permanentemente necessárias, mas não essenciais. Exemplifica o autor as atividades-meio:

Aquelas referidas pela Lei nº 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.).²⁵

Sob o ponto de vista do ente terceirizante, trata-se, igualmente, de especialização do ramo empresarial. De forma corriqueira, a atividade-fim da empresa intermediadora de mão-de-obra será justamente o fornecimento de mão-de-obra especializada no exercício de tais

²² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 201.

²³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho** - 8ª ed. - São Paulo: LTr, 2009, p. 418.

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho** - 8ª ed. - São Paulo: LTr, 2009, p. 418.

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho** - 8ª ed. - São Paulo: LTr, 2009, p. 418.

atividades-meio,²⁶ dentre as quais as exemplificadas supra, como o transporte, ou ainda a vigilância, conservação e limpeza.²⁷ Como aduz Sérgio Pinto Martins:

Compreende a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta serviços, à atividade-meio de outra. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando ajuda mútua e complementaridade. O objetivo comum diz respeito à qualidade dos serviços para colocá-los no mercado. A complementaridade significa a ajuda do terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem condições ou não quer fazer.²⁸

A principal característica da terceirização, portanto, está na cessão, normalmente de forma permanente, das atividades-meio da empresa a ente especializado em sua execução. É sob tal enfoque essencial que o instituto tem sido estudado e regulado, mormente pela jurisprudência pátria.

O Tribunal Superior do Trabalho regula as situações fáticas que assim se caracterizam pelo entendimento consubstanciado na súmula 331, enunciado que será abordado novamente adiante. Arnaldo Süssekind, ao conceituar o fenômeno da terceirização, transcreve o depoimento do Ministro do TST Vantuil Abdala, classificado pelo jurista como o principal redator do supra referido enunciado nº 331, sobre esta diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio. O Ministro confirma ser esta a razão de ser do fenômeno: “a especialização, a concentração de esforços, naquilo que é a vocação principal da empresa: a busca de maior eficiência na sua finalidade original, e não apenas na diminuição de custos”.²⁹ O Ministro comprova, portanto, que o objetivo do TST era regular a delegação a terceiros das atividades complementares à finalidade empresarial.

Os trabalhadores terceirizados, contudo, não ficam subordinados ao tomador de serviços, mas ao empregador, ente terceirizante que dirigirá a prestação de serviços.³⁰ De regra, da mesma forma, o trabalho não é prestado com pessoalidade – ou seja, desimporta ao tomador qual o trabalhador pessoa física que realiza as atividades;³¹ o que importa é a

²⁶ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 102/103.

²⁷ Exemplificadas na Súmula 331, item III, do Tribunal Superior do Trabalho – “III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11.

²⁹ VANTUIL ABDALA. *Apud.* SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 204.

³⁰ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 239.

³¹ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 239.

realização das tarefas sob-responsabilidade da empresa contratada, a terceirizante, ainda que o trabalhador designado para tanto não seja o mesmo de forma continuada no tempo. Por exemplo, desimporta qual o trabalhador que fará a limpeza dos corredores da escola, desde que os corredores sejam diariamente limpos. Tais características fundamentais diferenciam a terceirização de outros fenômenos semelhantes – cujo estudo, contudo, é fundamental para a própria compreensão do fenômeno e de seu surgimento histórico.

1.3.1 Terceirização e contrato de trabalho temporário

Não se confunde com a terceirização o trabalho temporário, modalidade regulada a partir da década de 1970 e que tem como grande relevo o fato de ser a única modalidade legal prevista no direito pátrio a permitir a contratação de mão-de-obra por interposta pessoa física ou jurídica, que os registra como empregados,³² havendo a subordinação do trabalhador ao tomador de serviços, empresa contratante.³³

O trabalho temporário, regulado pela lei nº 6.019 e pelo decreto nº 73.841, ambos de 1974, que é apontado por autores como exemplo de terceirização de serviços,³⁴ tem como similaridade o fato de ser caracterizado como uma situação triangular, envolvendo uma empresa de trabalho temporário, seus empregados e a empresa tomadora dos serviços. Como afirma Mauricio Godinho Delgado, o instituto criou essa tripartição que passou a se repetir nas demais modalidades de terceirização do trabalho, em um sentido amplo.³⁵

Conforme o art. 2º da lei referida, “trabalho temporário é aquele prestado 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”. A contratação de mão-de-obra por meio de tal procedimento só é viável por período não excedente a três meses, salvo

³² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 202.

³³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 203.

³⁴ Nesse sentido, por exemplo, a posição de Mauricio Godinho Delgado: “A ordem jurídica regula detalhadamente a situação-tipo de terceirização efetuada através do chamado trabalho temporário”. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 425. No mesmo sentido, ainda, Rodrigo Coimbra Santos: “a Lei 6.019/74 criou uma relação justralhista trilateral e complexa, típica das relações de terceirização”. SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 119.

³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 426.

autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos termos do art. 10 da norma.

Tal instituto, contudo, diverge da espécie de relação de trabalho objeto do presente trabalho. Algumas das diferenças decorrem de outros requisitos do trabalho temporário, ou mesmo da finalidade a que se propõe. De plano, o objetivo da contratação de empregados temporários, conforme o já transcrito art. 2º da lei nº 6.019/74, é a substituição do pessoal regular da tomadora, ausente por algum motivo como férias ou acidente de trabalho, ou o acréscimo extraordinário de serviços, devido à maior demanda de produção em época específica, por exemplo.³⁶

Tal contratação, como se vê, pode suprir as necessidades de serviço da tomadora inclusive no que pertine à sua atividade-fim. Diferente é a finalidade da terceirização, em termos mais estritos conforme proposto no presente estudo. Com efeito, a terceirização é apenas permitida para o cumprimento de tarefas permanentemente necessárias na empresa tomadora, mas não essenciais ou vinculadas ao seu objeto social (atividades-meio, portanto). Note-se que, ao menos em tese, o instituto serve à empresa para que ela se foque no seu objeto de produção, cedendo a empresas especializadas tarefas como a vigilância, limpeza e conservação, por exemplo.

Outro aspecto relevante diz respeito à natureza do empregador do trabalhador temporário. Trata-se de empresa que tem por objeto a cessão de força de trabalho em tais moldes. O suprimento de mão-de-obra em caráter temporário é a atividade-fim da empresa interposta, conforme art. 2º do decreto 73.841 de 74³⁷. O caso da terceirização é diverso, eis que a empresa contratada pela tomadora para fornecer empregados é normalmente especializada na área de atuação cujos serviços são demandados pela contratante – citamos como exemplo a empresa de vigilância.

Destaca-se ainda que a terceirização não possui limitação temporal; por sua vez, como já exposto, o contrato temporário dura no máximo três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos termos do art. 10 da lei 6.019/74.

³⁶ Note-se que a razão justificadora da contratação temporária deve ser expressamente consignada no contrato celebrado entre a tomadora e a interposta, conforme art. 9º da Lei 6.019 de 1974.

³⁷ Decreto nº 73.841, de 13 de março de 1974. Art. 2: “A empresa de trabalho temporário tem por finalidade colocar pessoal especializado, por tempo determinado, à disposição de outras empresas que dele necessite”.

Por fim, outro aspecto deveras relevante que distingue os institutos é a delegação do poder de comando, que passa do empregador para o tomador dos serviços. Tal delegação somente é presente no contrato temporário, no qual o trabalhador fica juridicamente subordinado à empresa tomadora. Rodrigo Coimbra Santos destaca:

Nessa relação trilateral, a empresa de trabalho temporário, além de admitir e assalariar o trabalhador, conserva também o poder disciplinar, mas delega o poder de comando a sua cliente (empresa tomadora de serviço), uma vez que o trabalho é prestado no estabelecimento dela e em favor dela.³⁸

Já o empregado terceirizado ainda é admitido, dirigido e assalariado pelo formal empregador, que presta serviços ao tomador. Santos ressalta a excepcionalidade do caso do trabalho temporário:

Note-se que essa delegação parcial da subordinação à empresa tomadora dos serviços excepciona a indispensável regra da terceirização em sentido amplo, segundo a qual, a direção dos trabalhos deve ser feita pelo prestador dos serviços, visto que no trabalho temporário o poder de dirigir o trabalho é do tomador de serviços.³⁹

Acerca do aspecto, Maria Cecília Alves Pinto aponta que a terceirização tem como objeto a cessão de atividades-meio do tomador, de forma completa – inclusive no que pertine ao poder de comando, ao passo em que o trabalhador temporário pode realizar as atividades essenciais da empresa tomadora dos serviços, inclusive de forma subordinada.⁴⁰

Outra diferenciação, apresentada por Rodrigo Coimbra Santos, diz respeito ao rol de direitos que alcança os trabalhadores temporário e terceirizado. Como já exposto, o trabalhador terceirizado, em que pese situar-se em relação manifestamente estranha à clássica relação de emprego, é protegido pelos princípios e regras do Direito do Trabalho, sendo regido pelos dispositivos celetistas. O rol de direitos do trabalhador temporário, contudo, mostra-se mais restrito,⁴¹ sendo que está disposto no texto do art. 12 da lei 6.019/74.⁴²

³⁸ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 119.

³⁹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 119/120.

⁴⁰ PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização de Serviços: Responsabilidade do tomador, in **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Disponível em: www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Maria_Pinto.pdf, acessado em 05 de abril de 2014, p. 125.

⁴¹ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 121.

⁴² Lei nº 6.019/74. 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; b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento); c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; d) repouso semanal remunerado; e) adicional por trabalho noturno; f) indenização por dispensa sem justa causa

Assim, embora similares, eis que em ambos o trabalhador não é integrado na tomadora, os institutos possuem diferenciações importantes. Tanto é assim que a concretização factual de algumas das características do instituto da terceirização no caso de contrato de trabalho temporário pode implicar ilegalidade, como quando ultrapassado o prazo de três meses. A recíproca também é verdadeira – seria ilegal a terceirização em que o trabalhador realiza atividade-fim da empresa tomadora, ou labora a ela diretamente subordinado, nos termos da súmula 331 do TST, em seus itens I e III.⁴³

1.3.2 Terceirização e contratos de empreitada e subempreitada

Outra discussão relevante para a delimitação do tema é a similaridade do contrato de empreitada, e da subempreitada, ambos regulados pelo Código Civil, com a terceirização trabalhista. Alguns autores incluem a empreitada e a subempreitada como modalidades de terceirização trabalhista,⁴⁴ haja vista que, em última análise, o tomador dos serviços não constitui relação de emprego com o trabalhador – assim, o dono da obra é tomador dos serviços do empregado do empreiteiro; e o empreiteiro pode ser considerado tomador dos serviços do empregado do subempreiteiro. Sob tal ponto de vista, também se formam relações triangulares.

Maria Cecília Alves Pinto cita tais contratos como “as únicas modalidades de subcontratação de mão-de-obra previstas na CLT, pelo art. 455, constituindo a matriz, ou a

ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido; g) seguro contra acidente do trabalho; h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra "c" do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973).

⁴³ Súmula nº 331 do TST, item 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).

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

⁴⁴ PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização de Serviços: Responsabilidade do tomador, in **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Disponível em: www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Maria_Pinto.pdf, acessado em 05 de abril de 2014, p. 127.

primeira figura jurídica identificável na legislação trabalhista, da terceirização de serviços⁴⁵”.

A autora conceitua resumidamente tais contratos da forma que se segue:

Na empreitada, o contrato firmado tem por objeto a execução de uma obra ou serviço, claramente identificado, sendo o pagamento efetuado em função desta obra ou serviço. Não há subordinação do empreiteiro ao dono da obra, sendo aquele um empregador em potencial, pois assume os riscos da própria atividade produtiva, nos termos do art. 2º da CLT, podendo, inclusive, contratar empregados para a execução da obra pactuada.⁴⁶

Note-se que o empreiteiro trabalha de forma não-subordinada ao dono da obra, e de regra de forma autodeterminada, pelo que pode ser classificado como trabalhador autônomo⁴⁷. Por faltar-lhe a subordinação, trata-se de contrato não regulado juridicamente pelo Direito do Trabalho, sendo que as regras pertinentes à sua sistemática estão contidas no Código Civil – mais especificamente nos artigos 610 a 626 do diploma legal. Nessa senda, de regra, o empreiteiro dispõe de seus próprios instrumentos de trabalho, escolhe horários e assume os riscos pelo negócio quando fornece os materiais para a realização dos serviços (art. 611 do Código Civil) ou quando houver culpa pela má execução da obra (art. 612 do Código Civil).⁴⁸ Conforme leciona Sússekind, “no contrato de locação de serviços autônomos, ao contratante interessa o ‘resultado’ do serviço e não onde, como e com quem o contratado executou-o”.⁴⁹ É o caso da empreitada.

Prossegue a autora:

O empreiteiro pode, também, contratar um subempreiteiro para executar parte da obra ou serviço, ou todo ele. Nessa hipótese, é do subempreiteiro a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas derivadas de contratos por ele celebrados, mas, inadimplidas tais obrigações, pode o empregado reclamar diretamente contra o empreiteiro principal, como previsto no caput do art. 455 da CLT.⁵⁰

⁴⁵ PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização de Serviços: Responsabilidade do tomador, in **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Disponível em: www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Maria_Pinto.pdf, acessado em 05 de abril de 2014, p. 127.

⁴⁶ PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização de Serviços: Responsabilidade do tomador, in **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Disponível em: www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Maria_Pinto.pdf, acessado em 05 de abril de 2014, p. 127.

⁴⁷ Nesse sentido, por exemplo, a posição de Mauricio Godinho Delgado. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 320.

⁴⁸ SÚSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 147.

⁴⁹ SÚSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 147.

⁵⁰ PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização de Serviços: Responsabilidade do tomador, in **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Disponível em: www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Maria_Pinto.pdf, acessado em 05 de abril de 2014, p. 128.

De fato, a empreitada e a subempreitada, quando envolvem a contratação de trabalhadores por parte do prestador de serviços, possuem similaridades com a ora estudada terceirização trabalhista. Elas são similares no que pertine à existência de relação triangular, seja entre dono da obra, empreiteiro e seus empregados, seja entre o empreiteiro, o subempreiteiro e os empregados deste último.

Contudo, em que pesem novamente as posições diversas, os contratos de empreitada, combinadas com as eventuais relações de emprego firmadas pelos trabalhadores autônomos, não se confundem com a terceirização trabalhista.

Em primeiro lugar, os institutos diferenciam-se quanto a seu objetivo. O contrato de empreitada previsto no Código Civil tem como objeto a realização de obra certa, um serviço único e pré-definido. “O objeto do contrato é um resultado específico e delimitado, uma obra (*opus*)”,⁵¹ como define Delgado. O mesmo se aplica à subempreitada, por meio da qual o empreiteiro repassa toda ou parte da obra que assumira para outrem, que irá executá-la. Também aqui há designação de obra certa, delimitada. Não se trata de uma atividade empresarial que é deslocada para outra empresa especializada em tal setor, com caráter de permanência, como ocorre com a terceirização. Trata-se de contratos de resultados, e não de trabalho. A terceirização, por sua vez, é utilizada para delegação de atividades-meio das empresas a outras para que possam se focar na sua atividade-fim. Vê-se que o objeto de um contrato de prestação de serviços com este intuito será justamente o trabalho especializado em certo setor empresarial, e não a realização de obra delimitada. É a posição de Sérgio Pinto Martins, que destaca que na empreitada inexistente o sistema de parceria prolongada, inerente à terceirização; há apenas o interesse em concluir a obra.⁵²

Outra diferenciação importante reside na subordinação. Delgado leciona:

Sendo pacto autônomo, civil, a empreitada preserva com o próprio profissional prestador de serviços a direção do cotidiano da prestação laborativa, no cumprimento da obra pactuada. Não se transfere tal direção para o tomador de serviços. Não há, pois, subordinação nessa prestação de serviços.⁵³

Também o subempreiteiro terá total autonomia na execução de sua obra. Trata-se de contratos bilaterais e comutativos. Diferente é o espírito da relação terceirizada de trabalho,

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 321.

⁵² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11/12.

⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 321.

que pressupõe a existência de uma relação de emprego entre o obreiro e a entidade prestadora de serviços. Destaca ainda Sérgio Pinto Martins que, “na empreitada, o empreiteiro tanto pode ser pessoa física como jurídica, enquanto o empregado só pode ser pessoa física (art. 3º da CLT). O empreiteiro não é subordinado, já o empregado deve subordinação ao empregador”.⁵⁴

Por fim, para efeito de diferenciação, merece destaque o tratamento de cada instituto à responsabilidade do tomador dos serviços em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do contratado. No contrato de empreitada, em caso de inadimplemento, por parte do empreiteiro, das obrigações trabalhistas assumidas junto a seus empregados, a Seção de Dissídios Individuais I do TST pacificou o entendimento de que não há falar em responsabilidade do dono da obra por tais débitos, exceto quando tratar-se de construtora. Tal entendimento foi consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 191 daquela seção.⁵⁵ No contrato de subempreitada, por sua vez, o art. 455 da CLT, já referido acima, dispõe que “responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro”. Trata-se de regime de responsabilidade solidária, pois o empregado do subempreiteiro pode reclamar diretamente ao empreiteiro o inadimplemento de seus créditos.⁵⁶

Por sua vez, ao regular a terceirização, a súmula nº 331 do TST, em seu item IV, consagra a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelos créditos justrabalhistas

⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 43.

⁵⁵ Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-I do TST: CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 - Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

⁵⁶ Em que pese, à primeira vista, parecer tratar-se de responsabilidade subsidiária, o dispositivo celetista consagra de fato a responsabilidade solidária do empreiteiro pelos débitos trabalhistas do subempreiteiro, em caso de demanda judicial – ao menos do ponto de vista do credor, ainda que possa existir ação de regresso. Nessa senda: EMENTA. DIREITO DO TRABALHO. ARTS 455 DA CLT. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO EMPREITEIRO EM FACE DO SUBEMPREITEIRO. DIREITO DE REGRESSO. Nos termos do art. 455 da CLT há responsabilidade solidária entre o empreiteiro principal e subempreiteiro. Recurso a que se nega provimento. Acórdão do processo nº 0000797-30.2010.5.06.0261(RO), TRT da 6ª Região, 1ª Turma, Relatora Des. Nise Pedrosa Lins de Sousa, unânime, 17.11.2011.

dos empregados da empresa prestadora de serviços.⁵⁷ Trata-se de regime de responsabilização diverso, portanto, dos contratos de empreitada e subempreitada.⁵⁸

Buscou-se apresentar as características do trabalho terceirizado, bem como de institutos semelhantes e presentes no cotidiano laboral, com o intuito de delimitar o campo de estudo e o foco do presente trabalho. De qualquer forma, ainda que possuam diferenciações estruturais em relação à terceirização, diversas das formas de prestação de trabalho supra referidas possuem importância para o desenvolvimento histórico da terceirização, como o trabalho temporário e a locação de serviços por empreitada.

1.4 Breve histórico do fenômeno no Brasil

Entre as décadas de 1960 e 1980, um contexto de crise econômica que assolou primeiramente a Europa e posteriormente o restante do mundo⁵⁹ levou a uma fase de transição do Direito do Trabalho, com a redução e restrição de algumas garantias e conquistas da classe trabalhadora na década anterior.⁶⁰ Mauricio Godinho Delgado explica o contexto social que originou tal crise:

Uma conjugação de fatores verificou-se nessa época. De um lado, uma crise econômica iniciada alguns anos antes, entre 1973/1974 (a chamada crise do petróleo), que não encontrou resposta eficaz e rápida por parte das forças políticas então dirigentes. A crise abalava a higidez do sistema econômico, fazendo crescer a inflação e acentuando a concorrência interempresarial e as taxas de desocupação do mercado de trabalho. A par disso, agravava o déficit fiscal do Estado, colocando em questão seu papel de provedor de políticas sociais intensas e generalizantes.⁶¹

⁵⁷ Súmula nº 331, item IV, do TST: 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.

⁵⁸ A diferenciação é importante para casos concretos como o que se segue: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ATIVIDADE MEIO PERMANENTE DO TOMADOR DO SERVIÇO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA HIPÓTESE DE MERO DONO DA OBRA. Em sendo a execução de obras de construção e de manutenção predial uma necessidade permanente, ainda que não integrante de sua atividade fim, não se pode atribuir à beneficiária do trabalho, o papel de mera dona da obra, mas de verdadeira terceirização de atividade meio. Aplicação do contido na Súmula 331, IV, do TST. Recurso não provido. Acórdão do processo nº 0000394-77.2011.5.04.0812 (RO), TRT da 4ª Região, 9ª Turma, Relator Juiz Convocado Manuel Cid Jardon, unânime, 04.10.2012.

⁵⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25.

⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 68.

⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 92-93.

O contexto econômico, com o acréscimo da competitividade empresarial e das inovações tecnológicas que sempre possuem o condão de causar importante influência no mercado de trabalho, bem como com o aumento do custo de produção, levou à reestruturação das estratégias empresariais, com o objetivo de redução de custos e readequação às novas condições do mercado.⁶²

Nesse cenário de readaptação, naturalmente surgiu a pressão empresarial pela modificação das condições de trabalho, como forma facilitação e redução dos custos da contratação da mão-de-obra. Passou a existir maior reivindicação empresarial pela maior governabilidade do fator trabalho, com o fito de reduzir os custos sociais e produtivos.⁶³ Argumentava-se que o modelo empregatício fornecido pelo Estado mostrava-se muito rígido, pouco maleável e adaptável à nova realidade econômica e social, o que se tornava um fardo para a sobrevivência das empresas e um fator estimulante do desemprego. Destaca Alice Monteiro de Barros:

Muitos sustentavam que a predominância de normas imperativas nos institutos jurídicos era o fato gerador da crise nas empresas, uma vez que lhes retirava as possibilidades de adaptarem-se a um mercado turbulento. Afirmavam que a rigidez daí advinda impedia a competitividade das economias europeias e o aproveitamento das oportunidades de inovação tecnológica.⁶⁴

Esse cenário de modificações da normatização justrabalhista trouxe reflexos importantes no modelo brasileiro de relação empregatícia.⁶⁵ De forma natural, com o fito de facilitar a gestão da mão-de-obra por parte das empresas e também de combater o crescente desemprego, esse cenário fez surgir novas formas de contratação de pessoal para além do modelo clássico da relação de emprego, com suas características definidas. “É nesse momento que começam a surgir contratos distintos da relação de emprego, como contratos em tempo parcial, de temporada, de estágio etc”, conforme Sérgio Pinto Martins.⁶⁶ Outros exemplos são

⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 92-93.

⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 69.

⁶⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 68.

⁶⁵ Alice Monteiro de Barros cita o trabalho em regime de tempo parcial, estendido à CLT no art. 58-A; a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho para a qualificação profissional do empregado, previsto no art. 476-A consolidado; as novas formas de gestão de mão-de-obra, como a subcontratação, o trabalho temporário e a locação de serviços; e a perda da estabilidade no emprego com a criação do regime do FGTS em 1967, pela lei nº 5.107. Nesse sentido, ver BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 68/69. Sérgio Pinto Martins enumera ainda o surgimento da subempreitada, do trabalho avulso, do trabalho em domicílio, do contrato de aprendizagem, do estágio e das formas de teletrabalho. Ver MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25-26.

⁶⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26.

a ampliação do rol de contratos a prazo determinado; o trabalho temporário da lei nº 6.019;⁶⁷ o contrato de aprendizagem; a subempreitada; o trabalho avulso; e a própria terceirização de serviços.⁶⁸

Dentre as novas formas de inserção do trabalhador no sistema produtivo, em um movimento iniciado no decorrer da década de 1960, com o objetivo de redução de custos empresariais, cresceu de forma exponencial no período a utilização dos contratos por tempo determinado,⁶⁹ em contrapartida ao modelo de regra do direito laboral, que tem duração indeterminada.

O uso abusivo dos contratos a prazo, que em verdade não possuíam o condão de enfrentar o desemprego e mostravam-se menos benéficos e seguros à classe trabalhadora, foi coibido pela edição do decreto-lei nº 229 em 1967.⁷⁰ O referido instrumento legal acresceu o § 2º ao artigo 443 da CLT, dispondo que o contrato a prazo somente será válido em se tratando de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo.

Nesse contexto histórico é possível apontar o início da utilização da locação de mão-de-obra no país por meio da terceirização de serviços. Narra Alice Monteiro de Barros:

Com a restrição ao uso abusivo do contrato de trabalho a prazo, multiplicaram-se as empresas criadas com o objetivo de fornecer mão-de-obra a outras empresas, para atividade permanente ou transitória, ora por intermédio do contrato de locação de serviços, ora via empreitada. Difundiu-se rapidamente no Brasil esse sistema de locação de pessoal. Em 1973, só em São Paulo, havia 10 mil empresas que se utilizavam desse sistema, por meio de contrato com duração indefinida.⁷¹

Assim, a terceirização surgiu em um momento de crise, em que havia desemprego e dificuldade econômica também no setor empresarial, que buscava novas formas de aproveitamento de mão-de-obra como forma de redução de custos e maior manejo da força de trabalho.

Sérgio Pinto Martins aponta que a noção da terceirização, como forma de intermediação de mão-de-obra, chegara ao país já por volta dos anos de 1950, com

⁶⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 68/69.

⁶⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26.

⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 351.

⁷⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 351.

⁷¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 351.

multinacionais interessadas em se focar na essência do seu negócio.⁷² O crescimento exponencial da intermediação da mão-de-obra remonta às décadas de 1960 e 1970, quando a reiteração do fenômeno passou a clamar por regulação.⁷³

Como abordado supra, o surgimento desse modelo de contratação trilateral terceirizante provocou ruptura no modelo clássico de contratação de mão-de-obra subordinada, bilateral, com o qual sempre se ocupou o Direito do Trabalho. Por tratar-se de fenômeno recente no campo de estudo deste ramo jurídico, sua estruturação e normatização não é enfrentada de frente pela legislação trabalhista consolidada. Como expõe Delgado,

À época da elaboração da CLT, como se sabe (década de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial.⁷⁴

A CLT já regulava certas formas de contratação de pessoal com a inexistência de relação de emprego, por vezes com a existência de um intermediador. Como exemplos de preceitos celetistas que tratam de fenômenos próximos da terceirização, tendo como semelhança a característica de subcontratação de mão-de-obra, Delgado cita a empreitada e a subempreitada do art. 455 da CLT, bem como a pequena empreitada de que trata o art. 652, “a”, III, consolidado.⁷⁵ Os dispositivos não tratam de forma específica do fenômeno, mas de institutos com semelhanças importantes, sobre as quais discorreremos supra. Prossegue o autor:

Afora essas ligeiras menções celetistas (que, hoje, podem ser interpretadas como referências incipientes a algo próximo ao futuro fenômeno terceirizante), não despontaram outras alusões de destaque à terceirização em textos legais ou jurisprudenciais das primeiras décadas de evolução do ramo trabalhista brasileiro. Isso se explica pela circunstância de o ‘fato social’ da terceirização não ter tido, efetivamente, grande significação socioeconômica nos impulsos de industrialização experimentados pelo país nas distintas décadas que se seguiram à acentuação industrializante iniciada nos anos de 1930/40. Mesmo no redirecionamento internacionalizante despontado na economia nos anos 50, o modelo básico de organização das relações de produção manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante.

Trata-se, à evidência, de fenômeno consideravelmente novo no cotidiano trabalhista brasileiro, com maior ocorrência nos últimos trinta a quarenta anos. A contratação de mão-de-obra mediante interpostas pessoas jurídicas teve um crescimento no plano fático anterior à sua

⁷² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

⁷³ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 21.

⁷⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 408.

⁷⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 408.

regulação legislativa no Brasil – e anterior inclusive ao seu estudo mais aprofundado e à sua denominação na forma utilizada.

O segmento estatal foi o primeiro a ser objeto de construção legislativa abordando a terceirização, antes mesmo de o fenômeno assim ser denominado⁷⁶. Não foi apenas na iniciativa privada que se buscaram soluções justtrabalhistas para a crise econômica e para a dificuldade de gestão produtiva. Entre meados da década de 1960 e início da década de 1970 foi praticada reforma que intentava facilitar a administração estatal, surgindo nesse contexto dispositivos legais que objetivavam desincumbir os órgãos da administração pública de tarefas executivas, instrumentais e de apoio técnico, de modo a desinchar a máquina administrativa - designando tais atividades à iniciativa privada, mediante contrato.

Destaca-se que a legislação que trata da terceirização trabalhista na administração pública é objeto da parte introdutória do capítulo II, infra. Por ora, ressalta-se que, nos casos envolvendo a administração pública, o legislador teve o cuidado de elencar, ainda que exemplificativamente, as hipóteses legais de terceirização, como observa Rodrigo Coimbra Santos. Essa especificidade, que observa o princípio da legalidade, inexistente no segmento privado das relações de trabalho, no qual não há legislação específica que indique quais atividades podem ser terceirizadas.⁷⁷

Apesar desse silêncio legislativo, foi exponencial o crescimento da utilização, pela iniciativa privada, da terceirização trabalhista no país a partir da década de 1970. Informa Sérgio Pinto Martins:

Verificava-se, em 1973, no Brasil, que a locação de mão de obra vinha se tornando frequente. Havia mais de 50.000 trabalhadores nessas condições na cidade de São Paulo, os quais prestavam serviços a 10.000 empresas (Isis de Almeida, 1977, p. 4). As empresas tinham por objetivo conseguir mão de obra mais barata, não se pretendendo furtar às disposições tutelares da legislação trabalhista, que visava proteger o trabalhador.⁷⁸

Foi nesse contexto que foi regulada a prática do trabalho temporário, por intermédio da edição da lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974.⁷⁹ O objetivo da edição da norma foi organizar a já amplamente utilizada locação de serviços – estabelecendo um critério limitador

⁷⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 408.

⁷⁷ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 139/140.

⁷⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

⁷⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

considerável de sua utilização, o prazo determinado.⁸⁰ Dessa forma, ao consagrar a possibilidade de efetuar a locação de serviços mediante interpostas pessoas jurídicas, mas deliberadamente limitar tal possibilidade em um critério rígido de tempo máximo do contrato, verifica-se o interesse em coibir a prática da então já recorrente terceirização permanente de serviços. Alice Monteiro de Barros cita tal contexto de surgimento da norma, e do objetivo ao qual sua edição era destinada.

Durante a tramitação do projeto, o legislador acautelou-se de cuidados para evitar lacunas capazes de permitir que as empresas locadoras de mão de obra concorressem com as empresas que empregam trabalhadores em caráter permanente, e retirassem conquistas econômicas e sociais dos trabalhadores asseguradas em lei. Na oportunidade, o Deputado Célio Marques assim se pronunciou: ‘lutamos e continuaremos lutando dentro desta Casa contra os que exploram o trabalhador com a venda de mão de obra. É o caso dos motoristas de uma empresa, que prestam serviços a esta Câmara. São altamente explorados, já que a Câmara paga muito dinheiro à firma locadora de serviços e eles quase nada recebem, conforme a relação de despesa a mim fornecida. Pelos dados que disponho, verifica-se enorme abatimento, pois de 975 cruzeiros ficam eles com pouco mais de 400 cruzeiros’ (Diário do Congresso Nacional de 13.11.73, p. 8.684/5).⁸¹

Verifica-se que desde a edição da norma em comento, poucos anos após o início da experiência pátria com o trabalho terceirizado, já existia preocupação com os efeitos nefastos que tal espécie de exploração de mão-de-obra pode trazer ao trabalhador, antecipando-se uma discussão que sempre estaria presente nos casos de terceirização de serviços. A delimitação do tempo em que a locação de serviços seria admitida tinha como meta justamente coibir a contratação permanente por meio de interposta pessoa jurídica.

Como norma precursora no contexto da absorção jurídica do fenômeno da terceirização trabalhista no segmento privado da economia, e do início do reconhecimento do tema e de seu enfrentamento pelos juristas no país, a lei 6.019/74 possui importância histórica notável. Como aduz Delgado, ela “produziu, indubitavelmente, uma inflexão no sistema trabalhista do país, já que contrapunha à clássica relação bilateral (própria à CLT) uma nova relação trilateral de prestação laborativa, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente”.⁸² De qualquer forma, a lei do trabalho temporário enfrentava de forma

⁸⁰ Lei nº 6.019/74, Art. 10: O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.

⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 352.

⁸² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 412.

limitada o tema, não abarcando grande parte das relações terceirizadas de trabalho – justamente por não autorizar a terceirização permanente.⁸³

A imensa maioria das relações terceirizadas de trabalho permaneceu à margem da regulação legal, excetuando-se desse contexto poucos grupos alvos da legislação heterônoma estatal. Nos estabelecimentos bancários, por exemplo, tornou-se recorrente a terceirização trabalhista dos serviços, com intuito de escapar à legislação trabalhista pertinente aos bancários já vigente à época e contratar trabalhadores com jornadas de oito horas, em contraponto às seis horas do bancário típico.⁸⁴

No início da década de 1980 foi autorizada a terceirização dos serviços de vigilância bancária, por meio da edição da lei 7.102 em 20 de julho de 1983.⁸⁵ Sérgio Pinto Martins informa que, a partir da edição da lei 7.102/83, tornou-se obrigatória às instituições financeiras a manutenção de serviços de vigilância e segurança permanentes, sem os quais não poderiam funcionar.⁸⁶ Tais serviços especializados, de fato desvinculados da atividade-fim de tais entes – embora permanentemente necessários – podem ser terceirizados.⁸⁷

Trata a lei 7.102/83 de terceirização trabalhista típica, em que a interposta pessoa jurídica, empregadora do trabalhador vigilante ou transportador de valores, admite, assalaria e dirige sua prestação de serviços; a força de trabalho do empregado, por outro lado, é dirigida à tomadora dos serviços, empresa terceirizante⁸⁸. Assim, o vigilante presta serviços no estabelecimento da tomadora, e não na empresa terceirizada; contudo, é a esta última subordinado.

Diferentemente do que ocorria com os trabalhadores contratados pelo regime instituído na lei 6.109/74, a terceirização trabalhista permitida pela lei em comento possui

⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 412.

⁸⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

⁸⁵ A lei em epígrafe foi regulamentada pelo Decreto nº 89.056, de 24 de novembro de 1983.

⁸⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

⁸⁷ A lei 8.863, de 28.03.1994, alterou o art. 10 da Lei 7.102/83, aumentando a área de permissão dessa espécie de terceirização ao autorizar expressamente a prestação de serviços de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas. Ver DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 412.

⁸⁸ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 122.

caráter permanente.⁸⁹ Por outro lado, é dirigida a uma categoria específica de trabalhadores, tão somente.⁹⁰

As duas normas supracitadas – especificamente, a lei 6.019/74 e a lei 7.102/83 - são as principais leis positivadas que tratam do tema das relações terceirizadas de trabalho, em um sentido mais amplo.⁹¹ Como se percebe pelo contexto delineado, inexistiu até o momento um tratamento legal uniforme para tal espécie de contratação do trabalho alheio, em que pese sua importância no mercado de trabalho no Brasil, sua crescente recorrência de utilização no plano fático e seus reflexos econômicos e principalmente sociais.

Ao referir-se às leis 6.019/74 e 7.102/83 como os únicos exemplos de normas positivas acerca do tema, Mauricio Godinho Delgado ressalta que, em contraponto a essa parca regulação estatal, no plano fático o fenômeno teve grande e rápido crescimento:

Não obstante esse pequeno grupo de normas autorizativas da terceirização, tal processo acentuou-se e generalizou-se no segmento privado da economia nas décadas seguintes a 1970 – em amplitude e proporção muito superior às hipóteses permissivas contidas nos dois diplomas acima mencionados⁹².

A partir da década de 1970, período de procura de novos métodos de gestão empresarial e redução de custos de produção em um contexto de crise econômica, a terceirização passou a ganhar relevância como forma recorrente de inserção de trabalhadores no sistema produtivo, apesar da inexistência de regulação legislativa do fenômeno no Brasil.

A ocorrência fática do fenômeno, em detrimento da previsão legal autorizativa, explica o atual quadro de tratamento jurídico alcançado à matéria no país. Conforme leciona Delgado:

⁸⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 409.

⁹⁰ Importa ressaltar que a contratação de empresas especializadas para a vigilância dos estabelecimentos de crédito já encontrava previsão no artigo 4º do Decreto-lei nº 1.034, de 21 de dezembro de 1969. Contudo, como ressalta Rodrigo Coimbra Santos, a lei 7.102/83, que revogou o decreto-lei referido, tornou obrigatória a existência de sistema de segurança em estabelecimentos financeiros, permitindo expressamente a contratação de empresas especializadas para a realização de tais serviços, e tornando ampla a possibilidade de terceirização na atividade. Ver SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 121.

⁹¹ Mauricio Godinho Delgado ainda destaca outros dispositivos da legislação esparsa que também são referentes à intermediação de mão-de-obra, dentre os quais o já citado parágrafo único do art. 442 da CLT, com redação dada pela lei nº 8.949/94, que permite a tomada dos serviços do trabalhador cooperativado sem a formação do vínculo empregatício com o tomador. Ver DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 414.

É possível destacar ainda os artigos 455 da CLT e 610 a 626 do Código Civil, todos pertinentes à empreitada e à subempreitada, as quais, em última análise, também concretizam relações triangulares de trabalho, em que pese suas diversas diferenciações em relação à típica terceirização trabalhista, como exposto acima.

⁹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 410.

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 30 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. É o que se percebia, por exemplo, com o trabalho de conservação e limpeza, submetido a práticas terceirizantes cada vez mais genéricas no desenrolar das últimas décadas⁹³.

O crescimento da utilização da terceirização fez da prática fenômeno com importantes reflexos sociais. Não se justifica, nessa senda, o atraso pátrio em sua regulação:

Esse sensível aumento de demanda real por trabalho terceirizado tem provocado importantes reflexos jurídicos, econômicos e sociais. Tem-se como reflexo jurídico o aumento de ações trabalhistas ajuizadas, seja em face do descumprimento de obrigações trabalhistas, seja em decorrência de dúvidas sobre a interpretação de normas jurídicas aplicáveis ao caso, deixando as pautas da Justiça do Trabalho repletas de demandas envolvendo o tema da terceirização, o que leva à necessidade de estudo apropriado sobre o assunto.⁹⁴

O grande ponto a ser observado é que, sem a existência de uma efetiva atenção do legislador quanto ao tema, sequer existe o devido aferimento dos prejuízos e mesmo dos benefícios do fenômeno para a classe trabalhadora brasileira. A verdade é que o fenômeno é estranho às regulações da CLT, e não possui uma adequada observação por parte da legislação justralhista, de modo que os reflexos sociais de sua crescente utilização parecem passar ao largo da efetiva regulação estatal.

O silêncio legislativo fez com que a devida tutela do trabalhador fosse estudada e, ao menos em parte, concretizada por outros meios. Como ensina Delgado, a crescente utilização de tal forma de contratação de mão-de-obra entre as décadas de 1980 e 1990, em detrimento da esparsa e parca normatização regulatória, levou a jurisprudência a debruçar-se sobre o tema e adquirir significativa importância na sua regulação.⁹⁵ Prossegue o autor:

A omissão legislativa acerca de fenômeno tão abrangente no contexto econômico social brasileiro tem levado a jurisprudência e a doutrina à busca de instrumentos de controle civilizatório desse processo, de modo a compatibilizá-lo com os princípios e regras essenciais que regem a utilização da força do trabalho no mundo civilizado e no próprio Brasil.⁹⁶

Fato é que o trabalho jurisprudencial e doutrinário moldou a prática, da forma mais adequada possível, aos princípios fundamentais que regem o Direito do Trabalho, na posição

⁹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 409.

⁹⁴ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 21.

⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 409.

⁹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 436.

de Mauricio Godinho Delgado.⁹⁷ O autor entende que a recorrência da prática, combinada com a omissão legislativa, alçaram a jurisprudência para tal papel de protagonismo na matéria: “tais circunstâncias induziram à realização de esforço hermenêutico destacado por parte dos tribunais do trabalho, na busca da compreensão da natureza do referido processo e, afinal, do encontro da ordem jurídica a ele aplicável”.⁹⁸

A recorrência do tema nos Tribunais pátrios levou à uniformização da jurisprudência no Tribunal Superior do Trabalho. Algumas súmulas importantes do TST tratam do tema da terceirização trabalhista. A súmula nº 239⁹⁹ do Tribunal trata do empregado de empresa de processamento de dados que presta serviços em bancos. Segundo o texto da súmula, tal trabalhador é classificado como bancário. Não trata o entendimento em epígrafe especificamente da terceirização trabalhista; contudo, classificando como bancário tal obreiro, a súmula classifica o serviço de processamento de dados como atividade-fim bancária, afastando a sua terceirização.¹⁰⁰

A súmula nº 257 do TST trata da contratação dos serviços de segurança e vigilância nos estabelecimentos bancários. Lembra-se que o tema da terceirização em tais atividades já era regulada pela lei 7.102/83. Dispõe o enunciado em comento, editado em 1986, que “o vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário”.

Sérgio Pinto Martins entende coerente a redação da súmula nº 257 com o quanto previsto na lei nº 7.102/83: “o fato de o vigilante trabalhar no banco e não na empresa de vigilância não desnatura o contrato, pois o que importa é que a subordinação do vigilante seja com a empresa de vigilância e não com a instituição bancária”.¹⁰¹

Em setembro de 1986 o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula nº 256, a primeira a tratar de forma mais direta da terceirização de forma mais geral, ou seja, sem focar-

⁹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 437.

⁹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 410.

⁹⁹ Súmula nº 239 do TST. BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 64 e 126 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. (primeira parte - ex-Súmula nº 239 - Res. 15/1985, DJ 09.12.1985; segunda parte - ex-OJs nºs 64 e 126 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 13.09.1994 e 20.04.1998)

¹⁰⁰ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 86.

¹⁰¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 100.

se em uma categoria profissional específica como fazem os enunciados 239 e 257 do mesmo TST. Segundo Delgado, o enunciado em comento implicava forte limitação às hipóteses de terceirização trabalhista.¹⁰² Dispunha a súmula 256:

Súmula nº 256 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.¹⁰³

Visava-se, por meio dessa redação, a prevalência da forma de contratação direta de trabalhadores, por meio da clássica relação bilateral de emprego prevista na CLT, em detrimento dessa forma de contratação por intermédio de empresa interposta, taxada de exceção. Desde já era vista essa forma de contratação como precarização de mão-de-obra.

Vedava a súmula nº 256 a intermediação de mão-de-obra, com exceção das hipóteses já previstas em lei para o segmento privado da economia. Permanecia possível a contratação de trabalhadores por meio de interposta pessoa jurídica por períodos limitados de tempo, com os contratos temporários, e a contratação de vigilantes bancários, estes sim em caráter permanente.

Note-se que a redação possuía a limitação de não excetuar da proibição que instituía as já existentes permissões expressas de terceirização na administração pública, dentre as quais o artigo 10 do decreto-lei 200/67 e o parágrafo único do artigo 3º da lei nº 5.645.

Nos demais casos, era considerada ilícita a terceirização trabalhista; nessas hipóteses, era determinado o estabelecimento de vínculo empregatício entre o tomador dos serviços e o trabalhador terceirizado – por se entender que, na prática, estava-se mascarando uma verdadeira relação empregatícia.

A súmula nº 256 teve importância histórica incontroversa na regulação do tema. Delgado destaca que sua essência influenciou a orientação do tema no período que se seguiu, no sentido de entender a terceirização como modelo excetivo de contratação de mão-de-obra,

¹⁰² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 414.

¹⁰³ Súmula cancelada. Histórico: Revista pela Súmula nº 331 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 e 04.01.1994. Redação original - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986

e de determinar a formação de vínculo de emprego entre o tomador e o terceirizado quando configurada a ilicitude da terceirização.¹⁰⁴

Inobstante, ressalta Delgado que a orientação da súmula nunca teve na época de sua vigência aplicação tranquila nos Tribunais pátrios.¹⁰⁵ Esse aspecto, combinado com o fato de que a prática seguia com força no mercado de trabalho, levou à revisão de tal entendimento sumulado, sendo editada, em janeiro de 1994, a súmula nº 331 do TST. Tal enunciado até os dias de hoje regula a terceirização trabalhista no país, dada a inexistência de diploma legal que o faça. Possuía o entendimento sumulado em sua redação original quatro incisos.

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

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

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

O item I do enunciado demonstra que o Poder Judiciário pátrio seguiu – como segue – vendo na terceirização um modelo excetivo de contratação de mão-de-obra, em que pese o novo entendimento sumulado tenha ampliado o leque de hipóteses em que a terceirização trabalhista seria considerada lícita – para além do trabalho temporário e dos serviços de vigilância.

Delgado ressalta que a súmula nº 331 do TST, em contrapartida à orientação da cancelada súmula 256 do TST, incorporou a regulação da terceirização nos órgãos vinculados à administração pública, não olvidando do quanto disposto nas leis autorizativas das décadas de 1960 e 1970 em tal setor; inobstante, absorveu a vedação constitucional à contratação de

¹⁰⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 415.

¹⁰⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 415.

servidores públicos pela administração estatal sem a realização de concurso público, que fora incorporada em nosso país pela promulgação da Constituição Federal de 1988.¹⁰⁶

Contudo, sem dúvida a grande alteração instituída pela súmula nº 331 em detrimento do quanto previsto no enunciado anteriormente abordado é a diferenciação expressa entre atividade-fim e atividade-meio do tomador de serviços. Indubitavelmente, tratou-se de resposta jurisprudencial às formas mais recorrentes de terceirização trabalhista que ocorriam faticamente, com a crescente especialização da mão-de-obra e o foco empresarial em sua atividade essencial como modelo de gestão – aspectos abordados acima.

O item III do enunciado então editado possibilitou a contratação lícita de mão-de-obra, por intermédio de interpostas pessoas jurídicas, para serviços considerados acessórios nas empresas, referindo especificamente os serviços de conservação e limpeza, e genericamente os serviços ligados a “atividade-meio” do empregador – expressão essa que se consagraria na doutrina e na jurisprudência nos anos que se seguiram.

As atividades de conservação e limpeza foram pioneiras ao ensejar a terceirização trabalhista no país,¹⁰⁷ antes mesmo de ser tal prática considerada lícita – veja-se que a súmula nº 256 do TST não contemplava em sua redação a autorização de terceirização de tais atividades. Destaca-se que já era autorizada sua terceirização no âmbito público, a teor do parágrafo único do artigo 3º da lei nº 5.645.

Já as atividades-meio eram objeto de cessão das grandes empresas para outras empresas especializadas em sua execução desde a década de 1970 – e, portanto, também desde período anterior à existência de permissão legislativa ou jurisprudencial da prática da terceirização permanente de tais atividades. A partir da edição da súmula em epígrafe, foi consubstanciada a permissão ao ramo empresarial da prática da terceirização de tais atividades, permitindo a tais empresas, como abordado, focar-se em sua atividade-fim.

Destaca-se que o serviço em atividade-fim não pode ser confundido com qualquer serviço não-eventual (pressuposto da existência de relação de emprego expressamente ressaltado no artigo 3º da CLT). Carmen Camino ressalta que a essencialidade do serviço à empresa não é sinônimo de não eventualidade:

¹⁰⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 416.

¹⁰⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 417.

O conceito ortodoxo de não eventualidade abarca, tanto os serviços essenciais (naturais ao empreendimento econômico), diretamente vinculados ao objeto da atividade empreendida, como os serviços acessórios, de natureza especializada, os chamados serviços de apoio, não essenciais, mas permanentes e necessários para que a empresa atinja aos seus fins econômicos. Melhor dizendo, tanto os serviços essenciais como os serviços acessórios, de apoio, enquadram-se como não-eventuais. São a antítese dos serviços eventuais, prestados de forma efêmera”.¹⁰⁸

Assim, leciona a autora que tanto os serviços de essenciais quanto os acessórios, quando permanentes, são não-eventuais. Mas apenas os essenciais situam-se na atividade-fim da empresa.¹⁰⁹ Os demais, acessórios, são passíveis de terceirização.

Aspecto importante é ressaltado no final da redação do item III da súmula nº 331: somente é possível a terceirização das atividades-meio quando inexistente, entre o tomador dos serviços e o trabalhador objeto da terceirização, a pessoalidade e a subordinação – dois requisitos clássicos da relação de emprego que, quando presentes, causariam a ilicitude do processo de terceirização trabalhista, dado o grande indício de fraude (mascaramento de relação empregatícia).

Em face da inexistência de pessoalidade, o trabalhador não estará vinculado ao tomador de serviços de forma infungível, podendo o serviço ser realizado por outro trabalhador. Em outras palavras, desimporta, para o tomador de serviços, qual o obreiro que realizará as tarefas contratadas. O tomador contrata, junto à terceirizada, a realização dos serviços, e não o prestador pessoa física da mão-de-obra.

Da mesma forma, o trabalhador que presta serviços ao ente terceirizante não será a ele subordinado. Dirigirá a prestação de serviços a empresa terceirizada, contratada, de quem é empregado o trabalhador terceirizado. Disporá a empresa terceirizada, além do poder diretivo, do poder disciplinar e punitivo.

Com a conjugação de tais características, a terceirização se classifica, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, como “modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora”.¹¹⁰

¹⁰⁸ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 236.

¹⁰⁹ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 236.

¹¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 418.

Em suma, conforme o item III da súmula nº 331 do TST, laborando o trabalhador no exercício das atividades-fim da empresa tomadora; ou, alternativamente, verificando-se que no caso concreto era tal trabalhador subordinado aos superiores da empresa terceirizante, ou que laborava para tal empresa com personalidade, o entendimento jurisprudencial consubstanciado na súmula é no sentido de que se configura verdadeira relação de emprego entre o obreiro e o tomador dos serviços, devendo ser estabelecido o vínculo empregatício. É a hipótese que Mauricio Godinho Delgado denomina como “empregador oculto”.¹¹¹

É efeito jurídico do reconhecimento do vínculo de emprego entre o terceirizado e o tomador dos serviços a extensão, ao trabalhador, de todas as normas pertinentes à efetiva categoria obreira.¹¹² Carmen Camino entende que, quando reconhecido o vínculo empregatício com o tomador dos serviços, as diferenças salariais em favor do empregado serão solidariamente devidas também pela empresa terceirizada, por ter se prestado à prática da ilicitude. Destaca a autora:

Quando utilizado o terceiro contratado como mero ‘empregador de fachada’, sem delegação do poder de comando pelo contratante dos serviços, incide com toda a sua força o preceito do art. 9º da CLT. É nulo de pleno direito o contrato de prestação de serviços mantido com o terceiro e a relação de emprego emerge, à luz do art. 3º da CLT, com o tomador dos serviços fraudulentamente contratados. O terceiro que se prestou à fraude não fica isento de responsabilidade. Será chamado a responder pelos encargos trabalhistas de forma solidária, na forma disciplinada no art. 942 do Código Civil.¹¹³

A mesma posição, quanto à solidariedade da empresa terceirizada na hipótese de terceirização ilícita, é defendida por Luciano Martinez,¹¹⁴ que a fundamenta com base no art. 942 do Código Civil.¹¹⁵

Portanto, o item III da súmula nº 331 do TST estabeleceu um critério de fronteira entre a licitude e a ilicitude da terceirização trabalhista: o exercício de atividade-fim ou de atividade-meio da empresa tomadora pelo trabalhador. O critério em comento sofre reiteradas críticas por parte da doutrina. Jorge Luiz Souto Maior ressalta que, em diversas situações fáticas, não é possível demonstrar se a atividade exercida pelo obreiro é vinculada à atividade-

¹¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 419.

¹¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 419.

¹¹³ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 240.

¹¹⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 207.

¹¹⁵ Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Artigo 942: Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

fim ou à atividade-meio da empresa tomadora – citando como exemplo o serviço de limpeza em um hospital.¹¹⁶ Trata-se, portanto, de critério inseguro.

A súmula 331 do TST trata ainda de aspecto importante, do ponto de vista obreiro, das relações de trabalho terceirizado – mesmo as consideradas lícitas. No contexto da precarização da mão-de-obra que tal forma de contratação fez surgir, um dos problemas detectados é a recorrente fragilidade econômica da empresa prestadora dos serviços, que reiteradas vezes se constitui como mero instrumento na contratação de mão-de-obra mais barata por parte do tomador dos serviços.¹¹⁷ Nessas hipóteses, fica o trabalhador ainda mais fragilizado e inseguro quanto ao recebimento da contraprestação pelo seu trabalho.

Nessa linha, o enunciado consagrou importante mecanismo de proteção do trabalhador objeto de processo de terceirização, como solução para os casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador terceirizado, com a instituição da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. É o que dispõe o item IV do enunciado. Exige ainda o enunciado a presença do tomador de serviços na relação processual constituída, bem como no título executivo judicial. Na hipótese de inadimplemento, por parte do empregador, das verbas trabalhistas devidas ao empregado objeto de terceirização, torna-se executável a empresa tomadora dos serviços, que será nesse caso responsável pelos valores devidos.¹¹⁸

Alice Monteiro de Barros ressalta que se trata de uma responsabilidade indireta, decorrente da má escolha do contratante – a chamada culpa *in eligendo*, e também decorrente do risco econômico que deve ser assumido pelo tomador dos serviços, eis que o processo de terceirização e a prestação dos serviços se reverteram em seu proveito financeiro.¹¹⁹ Assim, o tomador dos serviços deve assumir o risco por eventual inadimplência da empresa contratada.

¹¹⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Trabalho Descentralizado. A Terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista Latino Americana de Derecho Social**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/9/art/art6.pdf>>. Acessado em 12 de agosto de 2014, p. 2.

¹¹⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Trabalho Descentralizado. A Terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista Latino Americana de Derecho Social**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/9/art/art6.pdf>>. Acessado em 12 de agosto de 2014, p. 2.

¹¹⁸ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 240.

¹¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 360.

A responsabilidade objetiva, independente da existência de culpa, pela assunção dos riscos da atividade exercida encontra previsão no § único do artigo 927 do Código Civil de 2002.¹²⁰

Quanto à responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, Alice Monteiro de Barros destaca ainda que sequer é necessário ao empregado exaurir a execução contra os sócios da devedora principal, após a desconsideração da pessoa jurídica da empregadora; o mero inadimplemento da empresa, na fase de execução, com a insuficiência da penhora dos bens da pessoa jurídica para a quitação da dívida, já permite a responsabilização do tomador dos serviços – podendo este, posteriormente, procurar perante a Justiça Comum o ressarcimento dos valores junto aos sócios da pessoa jurídica que ele contratara.¹²¹

Mauricio Godinho Delgado ressalta que tal posição jurisprudencial veio a consagrar princípios constitucionais, citando, dentre outros dispositivos da Carta, o art. 1º, incisos III e IV, que tratam da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho; o art. 7º, caput, no trecho final, que trata da melhoria da condição social do trabalhador; e o art. 7º, incisos VII e X, que tratam da garantia e da proteção do salário.¹²² Concede-se, assim, maior proteção ao salário do trabalhador, tendo este maior garantia de que irá receber a efetiva contraprestação pelos seus serviços.

Alice Monteiro de Barros entende que a mera responsabilidade subsidiária do tomador de serviços não representa a adequada segurança ao trabalhador, e fundamenta que seria mais conveniente a atribuição de responsabilidade solidária entre todos os integrantes da cadeia produtiva, como ocorre, segundo a autora, na Espanha.¹²³

Para os casos de terceirização trabalhista em órgãos da administração pública direta e indireta, a aplicabilidade da responsabilidade subsidiária nos termos do item IV da súmula é alvo de extensa controvérsia na doutrina e na jurisprudência pátria, o que será abordado na parte final do presente trabalho, de forma breve. Fato é que, em 2011, a redação da súmula nº 331 foi revisada, sendo incluídos os itens V e VI ao enunciado:

¹²⁰ Código Civil. Art. 927, Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹²¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 361.

¹²² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 432.

¹²³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 361.

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.

O item II da súmula nº 331 será mais detidamente analisado no capítulo II, infra. De qualquer modo, a súmula ressalta expressamente que a solução jurídica prevista para os casos de ilicitude no procedimento de terceirização nas empresas privadas, qual seja, o estabelecimento de vínculo empregatício entre a empresa tomadora e o trabalhador terceirizado, é inaplicável quando o ente tomador dos serviços for órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

Tal impossibilidade decorre da exigência, consagrada na Constituição Federal de 1988, da prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisito indispensável para a admissão de servidores ou empregados públicos – artigo 37, II, da Constituição,¹²⁴ exceto para os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração. O não preenchimento de tal requisito implica nulidade da contratação, consoante o § 2º do mesmo artigo 37.¹²⁵

A inaplicabilidade dessa solução jurídica cria considerável obstáculo ao correto tratamento jurídico que deve ser dispensado à hipótese de terceirização ilícita na administração pública. Será tal questão objeto de análise mais atenta no capítulo II do presente trabalho.

Fato é que a terceirização trabalhista no Brasil, desde seu crescimento como forma de obtenção de força de trabalho e seu reconhecimento como fenômeno com características próprias e importância social e econômica, é regulada majoritariamente pelo Poder Judiciário, por meio da jurisprudência consolidada ante a ampla recorrência do tema nos tribunais pátrios. É tratada ainda no país como forma de trabalho de certo modo informal, sem a devida

¹²⁴ Constituição Federal de 1988. Art. 37, inciso II. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

¹²⁵ Constituição Federal de 1988. Art. 37, § 2º. A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

observação de sua notoriedade por parte do legislador.¹²⁶ Tal situação de parca regulação legal persiste até hoje, passados aproximadamente trinta anos do início do estudo do tema como fenômeno específico. Como aduz Delgado, “trata-se de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que se assista a esforço legiferante consistente para se sanar tal defasagem jurídica”.¹²⁷

¹²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 409/410.

¹²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 410.

2 TERCEIRIZAÇÃO NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Terceirização e a descentralização administrativa

Seguindo uma tendência mundial de meados do século XX, após verificar-se a crise no chamado Estado Social de Direito do século XIX e o desmesurado crescimento de seu aparelhamento,¹²⁸ a administração pública federal brasileira passou por um processo de descentralização, com o fito de redução da máquina administrativa do Estado. Marcos Juruena Villela Souto ressalta que “a modernização do Estado é intimamente ligada à necessidade de maior eficiência e atendimento às expectativas da sociedade. Não resta dúvida de que um Estado hipertrofiado gera custos elevadíssimos”.¹²⁹

Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a descentralização caracteriza-se pela transferência de atribuições de uma pessoa jurídica pública (União, Estados ou Municípios) para outra pessoa jurídica”.¹³⁰

Por meio da descentralização, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o Estado pratica a sua descentralização, pela transferência do exercício de atividades que lhe são pertinentes, de dois modos diversos - ora criando pessoas auxiliares suas, ora transferindo o exercício para particulares.¹³¹

Quanto à primeira forma de descentralização referida na sentença do autor, dentro dessa lógica de criação de pessoas auxiliares do Estado como forma de descentralização da administração insere-se a divisão da administração pública em *direta* e *indireta*, sendo a primeira composta “por um conjunto de órgãos públicos, centros de competência, sem personalidade jurídica”¹³² e a última composta pelas autarquias, empresas públicas,

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

¹²⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 3.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 43.

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 153.

¹³² ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Direito Administrativo – Teoria resumida**. São Paulo: Forense: Método, 2009, p. 75.

sociedades de economia mista e fundações públicas.¹³³ Essa divisão foi instrumentalizada pelo decreto-lei nº 200/67.

Completando-se o raciocínio do jurista, além da criação, pelo Estado, de pessoas auxiliares para a realização de suas atividades, a descentralização também é praticada pelo repasse do exercício de tarefas pertinentes ao Poder Público para os particulares. O Estado, nesse diapasão, é aberto às relações com a iniciativa privada. Maria Sylvia Zanella Di Pietro denomina tal fenômeno como “descentralização por colaboração”, assim a descrevendo:

Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de vontades ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço.¹³⁴

Di Pietro aduz que essa abertura do Estado teve como objetivo central a redução do tamanho de seu aparelhamento administrativo, decorrente de um contexto de crise constatada no setor: segundo ela, a Constituição atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento, por falta de verbas; daí decorre a procura por soluções inovadoras, que permitam ao Estado lograr maior eficiência na prestação dos serviços que lhe são afeitos.¹³⁵

Permanecerá o Estado com a titularidade de serviços e tarefas mais afeitas à atuação do Poder Público, buscando o repasse das demais atividades aos entes privados. É nesse contexto que surgem diversas modalidades de repasse de tarefas de titularidade originariamente pública para as empresas privadas, dentre as quais Di Pietro destaca as concessões, as permissões, as parcerias público-privadas, os contratos de gestão com organizações sociais e as franquias que tenham por objeto a delegação de serviço público.¹³⁶

É também nesse contexto de descentralização e de redução do aparelhamento estatal que surgiu no âmbito público a utilização da terceirização trabalhista.

¹³³ Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Artigo 4º, inciso II.

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 28/29.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47.

2.2 Previsões legais

Como citamos no tópico pertinente ao aspecto histórico do fenômeno em estudo, a terceirização trabalhista teve seu surgimento no campo legislativo justamente no segmento estatal do mercado de trabalho. Data de 25 de fevereiro de 1967 a edição do decreto-lei nº 200, que estimulou, por meio de seu artigo 10,¹³⁷ a descentralização administrativa através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas privadas.¹³⁸ A estratégia de repasse das atividades à iniciativa privada restou descrita no § 7º do artigo 10, que dispõe:

Decreto-lei nº 200/67, art. 10, § 7º: Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Como se vê da redação do dispositivo, não restou clara a delimitação de quais atividades, ou seja, tarefas e funções da administração pública, poderiam ser terceirizadas. O dispositivo traça o objetivo genérico de desinchar a máquina pública e especializar certas atividades, sem delimitá-las.

Com esse intuito¹³⁹ foi editada em 10 de dezembro de 1970 a lei nº 5.645, que exemplificou alguns dos encargos de execução poderiam ser repassados à iniciativa privada. Em rol meramente exemplificativo, dispunha o parágrafo único do artigo 3º da norma:

Lei nº 5.645, Art. 3º, § único: As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

As atividades listadas pelo dispositivo em comento dizem respeito, como se vê, a tarefas de mero apoio técnico e operacional da administração pública – o que a doutrina posteriormente designaria como atividades-meio.

¹³⁷ Decreto-lei nº 200/67, artigo 10: A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

¹³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 410.

¹³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 411.

Como se vê pelo seu próprio teor, os diplomas legais em comento utilizaram da terceirização de atividades de apoio do Estado como forma de descentralização administrativa. Atividades essenciais e mais vinculadas ao campo de atuação direta da administração pública não eram abarcadas dentre as hipóteses de possível terceirização desde esse princípio de regulação legislativa.

Em certo momento, a legislação buscou interromper a utilização desta forma de contratação de força de trabalho nos entes vinculados à administração pública. Rodrigo Coimbra Santos descreve o período:

Visando a contenção de despesas da administração pública, o § 2º do art. 2º da Lei 5.845 de 06.12.1972, vedou a contratação, ou prorrogação de serviços, a qualquer título e sob qualquer forma, inclusive com empresas privadas, na modalidade prevista no § 7º do art. 10 do Dec-lei 200/67. No mesmo sentido o Dec. 86.795, de 1981, proibiu a celebração de novos contratos com firmas de prestação de serviços, excluindo da proibição as entidades que recebam recursos à conta do orçamento da União unicamente para a constituição do capital social e a ampliação da mão-de-obra para a execução dos serviços de limpeza. Nota-se que essa legislação procurou 'frear' a terceirização dos serviços públicos que estava sendo usada em grande escala e, muitas vezes, de forma abusiva.¹⁴⁰

As terceirizações de serviços públicos voltaram a ser regulamentadas por novas normas após a promulgação da nova Constituição Federal de 1988. A Carta consagrou a permissão da contratação, por intermédio de licitação, de prestadores de serviços por meio de contratos regulados pelo Direito Privado, por meio do art. 37, inciso XXI.¹⁴¹ A permissão constitucional seria posteriormente regulada de forma mais específica pela lei nº 8.666/93, a chamada Lei das Licitações. Este instrumento legal dispõe acerca das formas de contratação por parte da administração pública, os seus requisitos e as formas de fiscalização dos contratados.

Dispõe a lei em comento que as obras e serviços públicos poderão ser executados não apenas diretamente, mas também de forma indireta, nas modalidades de empreitada ou tarefa.¹⁴² Pela modalidade de empreitada, contrata-se a execução de obra ou serviço; pela

¹⁴⁰ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 137.

¹⁴¹ Constituição Federal de 1988. Artigo 37, inciso XXI: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁴² Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Artigo 10º.

modalidade de tarefa, contrata-se o fornecimento de mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.¹⁴³

O artigo 6º da lei, em seu inciso II, conceitua ‘serviço’ como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”, em rol meramente exemplificativo. Os serviços técnico-profissionais de que trata o dispositivo são elencados, não taxativamente, no art. 13 da lei, que cita estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; e treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

Tais atividades do art. 6º, inciso II, e do art. 13, portanto, também podem ser objeto de execução indireta – por meio de contratos celebrados pela administração pública com empresas especializadas em sua execução.

Ainda que no caso específico da empreitada existam diferenciações importantes em relação à terceirização trabalhista de atividades permanentes, pois trata da realização de obra certa e pré-definida,¹⁴⁴ a lei nº 8.666/93 representa uma das principais formas de repasse, pela administração pública, da execução de obras, atividades e serviços de apoio, não inerentes às suas atividades precípuas, para empresas privadas especializadas em sua execução – ou seja, o repasse de suas atividades-meio.¹⁴⁵ Abre campo a Lei das Licitações, portanto, para a caracterização de terceirização trabalhista.¹⁴⁶

Cabe mencionar que o art. 57 da lei nº 8.666/93 estipula que o contrato de licitação terá prazo determinado; contudo, seu inciso II abre a exceção para os serviços de natureza

¹⁴³ Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Artigo 6º, inciso VIII, alíneas “a” até “e”.

¹⁴⁴ A controvérsia acerca da classificação da empreitada como forma de terceirização trabalhista foi analisada na primeira parte do presente trabalho.

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 223.

¹⁴⁶ A autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro também aponta a Lei nº 8.666/93 como fundamento legal da prática da terceirização trabalhista. Ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 221.

contínua, cujos contratos poderão ter sua duração prorrogada.¹⁴⁷ Nessa hipótese, torna-se mais clara a legitimação da terceirização trabalhista de atividades acessórias, inclusive de forma permanente, por meio da Lei das Licitações.¹⁴⁸

Merece registro o decreto nº 2.271 de 7 de julho de 1997, específico acerca da contratação de serviços pela Administração Pública Federal. O teor do seu artigo 1º confirma que o Estado poderá contratar a prestação de serviços instrumentais e não deverá utilizar o expediente da terceirização de serviços como forma de contratar mão-de-obra para suas tarefas precípuas:

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 funcionais 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.

O artigo 4º do decreto em comento ainda reforça ser vedada a inclusão, nos instrumentos contratuais celebrados pela administração pública para a prestação de serviços, de disposições que permitam a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra e que permitam a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.

Não se pretende, no presente tópico, o arrolamento e análise extenuada de todas as hipóteses previstas na legislação pátria que abrem as portas à terceirização trabalhista na administração pública e trazem o fenômeno para a legalidade. Outros dispositivos, não

¹⁴⁷ Lei nº 8.666/93. Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).

¹⁴⁸ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? Repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula nº 331 do TST. In **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 6/724, junho de 2012.

descritos aqui com minúcia, são citados pela doutrina.¹⁴⁹ O que se pretende, com o destaque às principais normas que autorizam a terceirização de serviços na administração pública – como o decreto-lei nº 200/67, a lei nº 5.645/70, a lei nº 8.666/93 e o decreto nº 2.271/97 – é a demonstração de que a abertura da administração pública à parceria com empresas privadas é permitida essencialmente em atividades de apoio, acessórias, desvinculadas das tarefas precípuas do Estado.

Como exceção a esta lógica de permissão de terceirização apenas das atividades-meio do Poder Público por meio da legislação, alguns autores incluem como exemplos do fenômeno de terceirização os institutos da concessão e da permissão, por meio dos quais empresas privadas realizam integralmente serviços públicos mediante delegação da administração pública - realizam, portanto, a própria atividade-fim. Trata-se de institutos que também representam a descentralização da administração pública, com a redução do aparelhamento estatal. Ocorre que tais institutos não se confundem com a terceirização praticada por meio das normas supralistadas. Cabe aqui uma análise de tais diferenças, com o intuito de demonstrar que não há autorização, na hipótese, para a terceirização de atividade-fim.

2.3 Diferenciação de institutos semelhantes: a concessão e a permissão

Dispõe o art. 175 da Constituição Federal: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Os *serviços públicos* aos quais se refere o dispositivo não correspondem a quaisquer atividades do Poder Público, dado que este pode exercer outras

¹⁴⁹ Rodrigo Coimbra Santos cita a lei nº 8.745/93, que regula a contratação temporária de servidores para a administração pública federal, possível em casos excepcionais; ver SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 138.

Di Pietro cita a lei nº 8.080/90, disciplinadora do Sistema Único de Saúde, que prevê a participação complementar de instituições privadas de saúde quando necessária para garantir a cobertura assistencial à população; ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 227.

Marcos Juruena Villela Souto destaca a terceirização de serviços jurídicos, com a contratação de escritórios de advocacia para o patrocínio de causas de municípios, autarquias, fundações e entidades paraestatais. Ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 367.

atividades, inclusive econômicas, excepcionalmente.¹⁵⁰ São serviços públicos apenas aqueles ligados ao oferecimento de utilidades essenciais à coletividade cuja prestação é assumida pelo Estado dada a sua relevância, como água, luz, gás, telefone e transporte coletivo.¹⁵¹ Tais serviços são assim classificados pela via legislativa.

Como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello quanto a tais atividades, “o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas”.¹⁵² O sistema normativo define alguns serviços destinados à coletividade como de dever eminentemente público; o Estado os assume, exercendo-os diretamente ou por seus delegados, sob um regime de Direito Público¹⁵³ – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais.¹⁵⁴

Pois o dispositivo constitucional em comento permite que tais serviços públicos sejam objeto de descentralização da administração pública, com a execução por particulares contratados por licitação, nas modalidades de concessão e permissão.¹⁵⁵

A concessão, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, é o “instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, (...) remunerando-se pela própria exploração do serviço”,¹⁵⁶ essencialmente pelas tarifas cobradas dos usuários. É muito usada essa modalidade nos serviços de energia elétrica e de transporte coletivo. A permissão, por sua feita, é ato unilateral da administração pública para o repasse de um serviço a um particular, podendo ser encerrada pelo Estado sem direito da permissionária a indenização, e é

¹⁵⁰ Constituição Federal de 1988. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 689/693.

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 688.

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44.

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 689.

¹⁵⁵ As modalidades de concessão e permissão foram reguladas pela Lei nº 8.987/95.

¹⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 720.

normalmente utilizada para situações mais transitórias, efêmeras.¹⁵⁷ Diferentemente da concessão, note-se, não possui natureza contratual, mas sim de ato unilateral e precário.

Como a execução do serviço público é repassada integralmente ao particular, poder-se-ia entender que trata a hipótese de permissão legal – e constitucional, em última análise – de terceirização de atividade-fim do Estado.¹⁵⁸

Contudo, é de se notar que tratamos de serviços de interesse eminentemente público, mas cuja execução é integralmente concedida a particular. Em outras palavras, deterá o Estado a titularidade do serviço; mas será o particular o *titular da prestação*.¹⁵⁹

O serviço, dessa forma, será executado integral e continuamente pela concessionária vencedora da licitação, enquanto durar o contrato de concessão, ou enquanto durar a permissão. Terá tal empresa gestão operacional dos serviços. Assumirá estes por sua conta e risco. Terá inclusive legitimidade para se apropriar dos lucros decorrentes da exploração da atividade, e fará dela verdadeira atividade econômica. Os empregados serão vinculados diretamente à concessionária – a qual, aliás, poderá terceirizar suas próprias atividades-meio, a teor do art. 25 da lei nº 8.987/95.¹⁶⁰

Não tratamos, portanto, de terceirização integral de serviço público; isso porque tal modalidade sequer seria lícita, pois envolveria a terceirização de atividade-fim.¹⁶¹ Os contratos de concessão e permissão disciplinados pela lei nº 8.987/95, dessa forma, em nada se confundem com os contratos de locação de serviços regidos pela lei nº 8.666/93. Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca as diferenciações entre ambos os institutos.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 777.

¹⁵⁸ É a posição de Sérgio Pinto Martins. Nesse sentido, ver MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 155/156.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 699.

¹⁶⁰ Lei nº 8.987/95. Art. 25, § 1º: Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Em que pese a literalidade do dispositivo, que aduz possível o repasse de atividade inerente da concessionária a terceiros, o TST tem entendido que a terceirização permitida nessas hipóteses é apenas aquela vinculada à atividade-meio da empresa concessionária, excluindo-se a atividade-fim. Nesse sentido o Acórdão do processo nº TST-RR-28300-52.2006.5.15.0055, 3ª Turma, Relator Mauricio Godinho Delgado, unânime, 17.08.2012.

¹⁶¹ Quando o Estado é titular da prestação do serviço público, ou seja, os presta diretamente, somente poderá terceirizar serviços acessórios, vinculados à sua atividade-meio, como limpeza ou copa – em contratos de locação de serviços regidos pela Lei nº 8.666/93.

Como ressalta Di Pietro, a concessão e permissão terão por objeto o serviço público como um todo; a terceirização, com locação de serviços, somente poderá abarcar determinadas atividades acessórias, vinculadas indiretamente ao serviço público.¹⁶²

Nada obstante, na concessão, como já dito, a remuneração do ente privado concessionário se dará pelas próprias tarifas dos usuários (e por outras formas complementares, como a realização de projetos associados); na locação dos serviços, a empresa terceirizada será remunerada direta e integralmente pelo Poder Público.¹⁶³

Nas concessões e permissões, são transferidas ao ente privado prerrogativas próprias da administração pública, como as listadas no art. 31 da lei nº 8.987/95, dentre as quais promover desapropriações (inciso VI), exercer poder de polícia em relação aos bens vinculados à prestação de serviços (inciso VII) e gerir livremente os recursos financeiros envolvidos (inciso VIII); na locação de serviços, tal transferência não ocorre, pois a empresa terceirizada é mera executora material das atividades.¹⁶⁴

Por fim, na concessão e na permissão, os beneficiados pela atuação da empresa privada contratada ou delegada serão os cidadãos; na hipótese de terceirização, por meio de locação de serviços, o beneficiário direto da prestação será a administração pública, e a coletividade somente se beneficiará de tais serviços de forma mediata.

2.4 Hipóteses lícitas e ilícitas de terceirização na administração pública

Feitas tais considerações acerca das diferenças entre a terceirização de serviços e as concessões e permissões de serviços públicos, caracterizada está a terceirização na administração pública quando esta, como titular da gestão de determinado serviço, figurar como tomadora dos serviços em uma relação trilateral, na qual o resultado produtivo do trabalhador seja vertido em seu favor - existindo, contudo, empresa privada no polo

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 223.

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 225.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 226.

empregador da relação, como contratada da administração pública para a prestação de serviços.

Em todas as previsões legais que efetivamente tratam da terceirização trabalhista em entes vinculados à administração pública – tais quais o decreto-lei nº 200/67, a lei nº 5.645/70, a lei nº 8.666/93 e o decreto nº 2.271/97 – percebe-se que somente é permitida a terceirização de atividades acessórias, complementares, desvinculadas das tarefas precípua do Estado – as quais deverão ser exercidas diretamente.

Como ressalta Livia Deprá Camargo Sulzbach, “os doutrinadores de Direito Administrativo entendem que se trata de instituto plenamente utilizável pela Administração na busca de se evitar o inchaço da máquina pública”.¹⁶⁵ Mas, para tanto, devem ser repassadas tarefas meramente executivas ou operacionais, por meio de contratos. Tarefas essenciais, vinculadas diretamente à função do Estado, não devem ser terceirizadas, sob pena de caracterização de ilicitude. É o que destaca Di Pietro, utilizando-se da consagrada terminologia de atividades-fim e atividades-meio, e ressaltando que o sentido das normas elencadas e comentadas acima é justamente o de permitir apenas o repasse das atividades-meio por intermédio de contratos.¹⁶⁶

Desse modo, a permissão da terceirização, assim como ocorre no segmento privado das relações trabalhistas, não é ampla e irrestrita. Como abordado na primeira parte do presente trabalho, a súmula nº 331 do TST, de 1993, veio a consagrar critérios expressos e mais objetivos – em que pese passíveis de crítica – quanto ao que se considera terceirização trabalhista lícita e ilícita. E o item III da súmula refuta a possibilidade de terceirização da atividade-fim do ente terceirizante, permitindo a contratação de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador.

Com efeito, a diferenciação entre as hipóteses lícitas e ilícitas de terceirização trabalhista definidas na súmula referida acabaram consagradas não apenas ao segmento

¹⁶⁵ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? Repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula nº 331 do TST. In **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 6/722, junho de 2012.

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 222.

privado das relações trabalhistas, mas também ao segmento público.¹⁶⁷ Da mesma forma que ocorre nas relações privadas, não possui permissão a administração pública para terceirizar suas atividades-fim.¹⁶⁸

Posto isto, importante controvérsia reside na forma de conceituar o que passaria por atividade-fim da administração pública, para efeito de classificar-se a terceirização praticada em lícita e ilícita.

Sérgio Pinto Martins enumera algumas das atividades que considera inerentes ao Estado, salientando que administração pública não poderá terceirizar “serviços que lhe são peculiares, como de justiça, segurança pública, fiscalização, diplomacia, etc.”¹⁶⁹

Di Pietro, por sua vez, entende que serão inerentes à atividade-fim as atividades precípuas do Estado, seu núcleo estratégico. Consubstancia-se este nos órgãos de governo, que define as políticas públicas e as leis – e que compreende os três poderes e também o Ministério Público.¹⁷⁰ Deixando o Estado de realizar tais atividades, ele próprio deixaria de existir. Dentre tais tarefas, enumera a autora justiça, segurança, definição de políticas públicas, poder de polícia e atividades de fiscalização, por exemplo.¹⁷¹

Flávio Amaral Garcia aponta como atividades não passíveis de terceirização aquelas que exigem atos de império e autoridade, como a segurança, a fiscalização, a regulação e o poder de polícia. Tais atividades, como destaca o autor, “dependem que as autoridades administrativas estejam investidas com prerrogativas públicas necessárias à satisfação dos

¹⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 412.

¹⁶⁸ Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, os Tribunais de Contas do país, especialmente o Tribunal de Contas da União, também absorveram por meio de sua jurisprudência administrativa esse critério que parte da diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio, orientando a administração pública nesse sentido de somente admitir a terceirização de serviços nas suas atividades-meio. Ver FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A terceirização no serviço público. **Revista de Informação Legislativa**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176404/000506751.pdf?sequence=>>>. Acesso em 12 de novembro de 2014, p. 4. No mesmo sentido, GARCIA, Flávio Amaral. A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>>. Acesso em 8 de novembro de 2014, p. 1.

¹⁶⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 145.

¹⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

¹⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Terceirização: contratação de serviços de terceiros (mão-de-obra) pela administração pública. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, maio 2008. Apud SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? Repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula nº 331 do TST. In **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 6/724, junho de 2012.

interesses públicos tutelados”.¹⁷² Não podem ser terceirizados, assim, os atos dotados de imperatividade – poder do Estado de impor unilateralmente certas condutas aos administrados,¹⁷³ e que tem a prerrogativa de condicionar ou limitar a liberdade e a propriedade dos cidadãos, ajustando-a aos interesses coletivos.¹⁷⁴

Nesse mesmo sentido, a posição de Marcos Juruena Villela Souto:

A regra é que, para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo público e provido um servidor selecionado por concurso público. Só que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do Poder Público, notadamente as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não exijam uso de força ou independência no controle podem (e, muitas vezes, devem) ser terceirizadas (sequer havendo necessidade de restabelecer o regime celetista para servidores públicos; basta que os cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, sejam reservados às funções típicas de Estado, liberando-se a terceirização para outras funções, que podem compreender diversas formas de parceria que não apenas o vínculo celetista com o prestador de serviços).¹⁷⁵

Di Pietro refere que o Estado deve exercer de forma exclusiva atividades que envolvam os poderes de regulamentar, fiscalizar e fomentar. Cita como exemplo a cobrança de impostos, o poder de polícia, a previdência social básica, o serviço de emissão de passaportes e o controle do meio ambiente.¹⁷⁶

O autor Flávio Amaral Garcia também cita como não passíveis de terceirização as carreiras com assento constitucional; são carreiras de atividades típicas estatais, pelo que também demandam prerrogativas de autoridade que emanam apenas do Poder Público.¹⁷⁷

As sociedades de economia mista e empresas públicas que atuam em atividades de exploração econômica ficam excluídas desses conceitos dos autores supraenumerados, pois

¹⁷² GARCIA, Flávio Amaral. A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>>. Acesso em 8 de novembro de 2014, p. 22.

¹⁷³ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Direito Administrativo** – Teoria resumida. São Paulo: Forense: Método, 2009, p. 55.

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 841/842.

¹⁷⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das concessões. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 331.

¹⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

¹⁷⁷ GARCIA, Flávio Amaral. A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>>. Acesso em 8 de novembro de 2014, p. 22.

não atuam diretamente nas atividades inerentes ao Estado exemplificadas. Como são regradas pelo Direito Privado,¹⁷⁸ contudo, também será ilícita a terceirização trabalhista praticada em suas atividades-fim, por aplicação do entendimento consubstanciado na súmula nº 331 do TST.

Além da impossibilidade de terceirização das atividades-fim dos entes vinculados à administração pública, ou, em outros termos, daquelas atividades precípua do Estado, não há dúvida de que também aqui existe campo de aplicação ao entendimento da parte final do item III da súmula nº 331 do TST, que reputa ilegal a terceirização trabalhista, mesmo nas atividades-meio, quando presente a subordinação do trabalhador ao tomador de serviços, e quando presente a pessoalidade no trabalho despendido. Lembra Luciano Martinez:

Em regra, o sistema jurídico trabalhista brasileiro repele veementemente qualquer *marchandage* laboral interempresarial, ou seja, a possibilidade de uma empresa contratar com outra empresa para que esta lhe forneça a força laboral de qualquer trabalhador singularmente considerado.¹⁷⁹

A presença da pessoalidade e da subordinação, requisitos reconhecidos pela doutrina como característicos da relação de emprego,¹⁸⁰ deixa transparecer que o intuito verdadeiro da terceirização foi o mero repasse de mão-de-obra. Como destaca Di Pietro, quando inexistentes a pessoalidade e a subordinação, a terceirização é permitida, pois ocorre sob a forma de prestação de serviço; por outro lado, presentes tais características, há ilicitude na terceirização, eis que ela ocorre sob a forma de fornecimento de mão-de-obra.¹⁸¹

É evidente que, quando presentes tais requisitos, existirá no plano fático mera intermediação de mão-de-obra, o que é refutado pelo Direito do Trabalho pátrio¹⁸² desde os primórdios da regulação do tema, ainda à época da edição, pelo TST, da súmula nº 256. A

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 157.

¹⁷⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 206.

¹⁸⁰ As características básicas da relação de emprego regida pela CLT foram analisadas na primeira parte do presente trabalho.

¹⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 216.

¹⁸² Nessa senda, como destaca Livia Deprá Camargo Sulzbach, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento de que somente é possível a terceirização da prestação de serviços, e não o fornecimento de mão-de-obra. Ver SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? Repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula nº 331 do TST. In **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 6/725, junho de 2012.

discussão vai para além do enquadramento da atividade exercida pelos trabalhadores em atividade-fim ou atividade-meio da administração.

Quando se trata de empresa privada, a mera intermediação de mão-de-obra, com a existência de pessoalidade e subordinação, é ilícita porque indica verdadeira relação de emprego mascarada por procedimento fraudulento;¹⁸³ mais justificável é o reconhecimento da ilicitude quando o tomador dos serviços é vinculado à administração pública, pois, além da fraude no acobertamento de relação empregatícia, há direta violação ao art. 37, inciso II, da CF/88, que traz requisito para a investidura em emprego público. O procedimento, como prossegue Di Pietro, favorece o apadrinhamento político,¹⁸⁴ eis que é forma de burlar o requisito do concurso público para a investidura do empregado.

É por isso que o decreto nº 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços, é expresso ao prever em seu artigo 3º: “O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços”. Deve ficar claro que o objeto do contrato é a prestação de serviços por empresa, entidade ou pessoa especializada, e não a mera intermediação de mão-de-obra.

Conclui-se, portanto, que os Tribunais pátrios têm aplicado o mesmo entendimento aos segmentos público e privado das relações trabalhistas quanto à licitude da terceirização. Em ambos os casos, é vista como fraudulenta a mera intermediação de mão-de-obra, assim como o repasse, pelas empresas e entidades, de suas próprias atividades essenciais à sua dinâmica de atuação, permanentemente necessárias.

Em contrapartida, se os critérios definidores da licitude e da ilicitude da terceirização na administração pública terão semelhanças aos critérios aplicáveis ao segmento privado, o mesmo não se pode dizer dos efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da ilicitude em uma terceirização trabalhista praticada em ambos os campos.

2.5 Efeito jurídico da terceirização ilícita na administração pública

¹⁸³ Como determina o item III da Súmula nº 331 do TST; tal item não diferencia a hipótese para os casos de tomador dos serviços público ou privado, pelo que é aplicável a ambos.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 218.

Como abordado na parte inicial do presente trabalho, a resposta da jurisprudência às hipóteses ilícitas de terceirização trabalhista já era claramente definida desde a edição da súmula nº 256 do TST, de 1986, primeiro enunciado a tratar do problema: há a formação do vínculo de emprego do trabalhador terceirizado com a tomadora dos serviços, eliminando-se conseqüentemente o vínculo original com a empresa locadora de serviços. Tal solução jurídica foi respaldada após a edição da súmula nº 331 do TST, em 1993.

Busca o entendimento, consubstanciado primeiramente na súmula nº 256 do TST e posteriormente no item I da súmula 331 nº do TST, afastar a possibilidade de contratação fraudulenta de mão-de-obra e dar primazia à contratação direta de empregados pelas empresas, taxando de ilegal a contratação de empregados mediante pessoas jurídicas interpostas. Encontrou-se na formação de vínculo empregatício entre o tomador dos serviços e o trabalhador terceirizado uma solução para as relações terceirizadas classificadas como ilícitas, dando resposta jurídica ao que se reputou como contratação fraudulenta.

Nos primeiros passos da jurisprudência trabalhista no sentido de consolidar sua posição quanto ao tema em súmulas, tal solução jurídica também era aplicada nos casos em que o tomador de serviços era órgão ou ente vinculado à administração pública estatal. Nessa senda, veja-se que a súmula nº 256 do TST, editada em setembro de 1986, pioneira ao tratar da terceirização trabalhista de forma mais abrangente, não excluía de sua incidência os casos envolvendo o segmento estatal das relações trabalhistas e determinava, mesmo nestes casos, a formação do vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador dos serviços quando presente a intermediação fraudulenta de mão-de-obra.

Conforme observa Rodrigo Coimbra Santos, “o entendimento inicial que predominava na jurisprudência pátria era no sentido de existir vínculo empregatício diretamente com a administração pública, caso houvesse fraude na terceirização ou falta de idoneidade econômica por parte da prestadora de serviços”.¹⁸⁵ O autor cita como exemplo a súmula nº 214 do extinto Tribunal Federal dos Recursos, que dispunha:

Súmula 214 do Tribunal Federal de Recursos - DJ 03-06-86: Prestação de Serviços de Caráter Continuado - Atividades de Natureza Permanente - Observância de Horário e Normas da Repartição - Relação Empregatícia. A prestação de serviços de caráter continuado, em atividades de natureza permanente, com subordinação, observância de horário e normas da repartição, mesmo em grupo-tarefa, configura relação empregatícia.

¹⁸⁵ SANTOS, Rodrigo Coimbra. Relações terceirizadas de trabalho. Curitiba: Juruá, 2006, p. 137.

O Tribunal Federal de Recursos tinha por competência prevista na Constituição Federal de 1967 julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juízes Federais.¹⁸⁶ Foi extinto em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal.¹⁸⁷

Tal solução mostrava-se viável até a promulgação da Constituição Federal de 1988, eis que a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos não era requisito para investidura em empregos públicos, mas tão somente para investidura em cargo público. Quanto ao tema, dispunha a Constituição Federal de 1967:

Art. 95: Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

§ 1º: A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Os empregados, regidos pela CLT, podiam ser contratados independentemente de tal requisito formal. Poderiam eles ser contratados diretamente pelo Estado.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, contudo, a aprovação prévia em concurso passou a ser requisito para investidura também do empregado “servidor público contratado pelo regime da CLT, tanto na administração pública direta, como indireta e fundacional”.¹⁸⁸ A regra é disposta no art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, na redação original:

Art. 37, inciso II: A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Assim, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, não mais se manteve viável a solução jurídica criada pelo Tribunal Superior do Trabalho para os casos de terceirização ilícita quando o tomador dos serviços era vinculado à administração pública. A prévia aprovação em concurso público tornou-se, desse modo, um óbice intransponível ao reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador terceirizado com os tomadores do serviço.

Conforme art. 37, § 2º, da Constituição Federal, é nula a admissão de funcionário sem a observância de tal requisito do inciso II do dispositivo em comento. Dessa forma, não há

¹⁸⁶ Constituição Federal de 1967. Art. 117, inciso II.

¹⁸⁷ SANTOS, Rodrigo Coimbra. Relações terceirizadas de trabalho. Curitiba: Juruá, 2006, p. 140.

¹⁸⁸ SANTOS, Rodrigo Coimbra. Relações terceirizadas de trabalho. Curitiba: Juruá, 2006, p. 140.

que se falar em formação de vínculo empregatício sem a realização e aprovação em concurso. Tal óbice constitucional impede, portanto, a formação do vínculo empregatício mesmo que reconhecida a ilicitude da terceirização praticada.

Em 1993 o Tribunal Superior do Trabalho ressaltou a diferenciação de tratamento destinado ao segmento estatal das relações de trabalho no enunciado então editado para a regulação das terceirizações trabalhistas. A vedação do art. 37 foi ressaltada na súmula nº 331 do TST, em seu inciso II, confirmando que, de fato, a solução jurídica encontrada pela jurisprudência para as hipóteses de terceirização ilícita praticada no segmento privado não mais seria passível de aplicação no segmento público das relações laborais.

Houve uma consagração constitucional da formalidade no ato de contratação de pessoal na administração pública estatal com a consagração da regra em epígrafe. Notadamente, o requisito constitucional de aprovação em concurso público para a admissão em empregos públicos consagrou o princípio administrativo da impessoalidade, pois assegura a todos os cidadãos plena igualdade na disputa pelo acesso.¹⁸⁹

Jorge Luiz Souto Maior também identifica no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, a consagração da impessoalidade na forma de admissão do servidor e do empregado público, com a despolitização da administração pública – ou seja, a formalização da regra de admissão impossibilita o acesso de funcionários por indicações políticas, tornando mais neutra e proba a máquina estatal.

Lembre-se que a exigência do concurso público, também, tem a finalidade de evitar que o administrador, raciocinando não como administrador, mas como político, cause danos ao interesse público, com as constantes trocas de servidores após cada término de gestão, o que também há muito se incorporou à história do Brasil.¹⁹⁰

Se por um lado o dispositivo constitucional consagrou o princípio da impessoalidade na forma de investidura em empregos públicos, alcançando à seara celetista o requisito já previsto anteriormente para a admissão dos servidores estatutários, por outro lado trouxe um óbice claro e direto à solução jurídica encontrada pelos tribunais pátrios à ilicitude na

¹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31º ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 117.

¹⁹⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Disponível em <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-17-2013-outubro-dezembro-de-2005/terceirizacao-na-administracao-publica-uma-pratica-inconstitucional>>. Acessado em 1º de novembro de 2014, p. 20.

terceirização trabalhista. A saída encontrada pela jurisprudência torna-se inaplicável aos casos em que figura como tomador dos serviços ente vinculado à administração pública: ainda que seja ilícita a terceirização, não se formará o vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador, como confirma o item II da súmula nº 331 do TST.

Assim, a possibilidade de terceirização fraudulenta em entidade ligada à administração pública não encontra a mesma resposta que a jurisprudência encontrou para os empreendimentos privados. Note-se que não há, na redação da súmula nº 331 do TST (e, em verdade, em qualquer dispositivo da legislação estatal) qualquer resposta ao problema indicado; inexistente no enunciado uma solução jurídica a ser aplicada nos casos de terceirização ilícita na administração pública direta, indireta ou fundacional.¹⁹¹

Inexistindo tal resposta, a jurisprudência pátria – como já devidamente reconhecido, protagonista na regulação da terceirização trabalhista no país, dada a ausência de adequada regulação legislativa – deparou-se com o problema de encontrar uma adequada forma de lidar com a terceirização ilícita na administração pública direta, indireta ou fundacional, não se olvidando, mormente, dos princípios norteadores do Direito do Trabalho, dentre eles a proteção ao trabalhador. Da mesma forma, uma vez reconhecido pelo item II da súmula nº 331 do TST que a formação de vínculo empregatício com o tomador público não mais era adequada aos novos preceitos constitucionais, a solução jurídica procurada pela jurisprudência tem de se compatibilizar com os requisitos de ingresso do empregado público, consubstanciados no art. 37, inciso II e parágrafo 2º, da Constituição Federal.

O cerne da questão, assim, está em ser encontrada uma solução ao problema que seja compatível com os dois polos da controvérsia: a impossibilidade de reconhecimento de uma 'relação de emprego' nos moldes dos art. 2º e 3º da CLT, tendo em vista o óbice do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e a proteção aos direitos básicos do trabalhador, mormente nos casos em que a terceirização fraudulenta causa prejuízos mais evidentes e mesmo remuneratórios ao obreiro – vencimentos mensais inferiores a outros trabalhadores exercentes das mesmas funções, por exemplo. Apontamos aqui os dois aspectos mais relevantes do problema como “polos” contrapostos tendo em vista que aparentam ser, ao menos à primeira vista, inconciliáveis. A extensão ao empregado de todos os direitos reconhecidos à categoria obreira pressupõe o reconhecimento do vínculo empregatício.

¹⁹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 423.

Assim, pertine a discussão de quais efeitos a terceirização ilícita gera quando efetuada por entidade da administração pública. Por causa do caráter aparentemente inconciliável dos dois aspectos ventilados, a tendência para interpretar a solução de um caso prático é a de migrar para um dos polos, ou aquele que prima pela formalidade, pelo respeito à Constituição e pelos interesses públicos sobrepostos aos interesses privados, ou aquele mais protetivo ao trabalhador e mais atento à realidade fática da situação.

2.5.1 Impossibilidade de reconhecimento do vínculo: primazia do interesse público

Uma primeira abordagem do problema reconhece como intransponível o óbice previsto no art. 37, inciso II, quanto à possibilidade de formação do vínculo empregatício entre a entidade ligada à administração pública e o trabalhador contratado mediante empresa interposta de modo ilegal. Destaca-se novamente que a súmula nº 331 do TST também veda a formação do vínculo, o que demonstra que o próprio órgão superior do judiciário trabalhista pátrio toma tal obstáculo como inevitável.

Partindo do fato de que não pode haver a formação de vínculo, essa solução entende como inviável o reconhecimento de qualquer diferença justralhista em benefício ao obreiro ilicitamente terceirizado, não alcançando ao trabalhador qualquer vantagem pertinente à categoria dos trabalhadores efetivos do ente tomador dos serviços, vinculado à administração pública.

A posição é extremada, e fundamenta-se na primazia da forma estabelecida para a admissão em cargos públicos. O preceito constitucional não pode ser deixado de lado em prol do empregado, mormente porque consubstancia uma prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais, privados. O constituinte, ao incluir a norma prevista no art. 37, inciso II, estabelece tal prioridade, e pretende claramente proteger a administração e o patrimônio públicos em prol da coletividade e em face de interesses privados.

Essa posição é defendida por Sérgio Pinto Martins, que reconhece que ela parece ser minoritária na jurisprudência. Fundamenta o autor que a regra constitucional do art. 37, II, está acima das regras ordinárias da CLT, bem como dos princípios do Direito do Trabalho,

inclusive o da primazia da realidade sobre a mera formalidade.¹⁹² A administração pública é adstrita ao princípio da legalidade, pelo que deve seguir os ditames constitucionais. Ainda que, no plano fático, o trabalhador tenha tido verdadeira relação de emprego com o ente da administração pública, com a presença de subordinação, pessoalidade, não-eventualidade e onerosidade na prestação dos serviços, o óbice à formação de vínculo previsto no art. 37, II, da CF, porque de hierarquia superior, seria intransponível.

Ademais, seria contraditório, segundo o jurista, o reconhecimento do direito do trabalhador a verbas trabalhistas sem a anotação da CTPS, porque inexistente o vínculo empregatício. Para fundamentar essa conclusão, o autor exemplifica: “quando, v. g., não se reconhece o vínculo de emprego, pois a empresa alega que o trabalhador era autônomo, não se manda pagar os dias trabalhados ou as verbas rescisórias. Logo, na relação com a Administração também não se poderá fazê-lo”.¹⁹³

Além de defender a primazia da forma, bem como a hierarquia entre as normas envolvidas na controvérsia, o autor ainda argumenta que a atitude da contratação de trabalhador pela administração pública em detrimento do requisito de acesso previsto no inciso II do art. 37 da Constituição é eivada de ilicitude não apenas do ponto de vista do ente vinculado à administração, como também do ponto de vista obreiro. Segundo o autor, o trabalhador não pode alegar a ignorância da lei para ser favorecido e perceber as mesmas parcelas remuneratórias dos empregados efetivos sem o preenchimento do requisito constitucional do concurso público. Invoca o autor, nesse sentido, o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.¹⁹⁴ O obreiro não é mera vítima da ilicitude, nesse ponto de vista: é dela agente, de forma que não pode ser beneficiado pela própria torpeza.

O alcance a tal trabalhador dos mesmos direitos remuneratórios e trabalhistas dos empregados efetivos, inclusive aqueles conquistados por meio de negociação coletiva, além de beneficiar o infrator, violaria o próprio princípio da igualdade de condições, estabelecido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, pois o terceirizado não obteve a prévia aprovação em concurso público, requisito que foi exigido do empregado efetivo. Dessa forma, estariam sendo tratadas igualmente pessoas em situações jurídicas diversas.

¹⁹² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 150.

¹⁹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 150.

¹⁹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 150.

Também se pode argumentar, em favor da presente posição, que benefícios previstos em normas advindas de negociações coletivas devem ser exclusivos aos empregados da própria entidade, eis que apenas o sindicato representativo da sua categoria participou da negociação coletiva que originou tais vantagens. Os sindicatos representativos dos trabalhadores terceirizados, bem como as empresas prestadoras de serviço, suas empregadoras diretas, não participaram das negociações, não assinaram os instrumentos delas advindos e não se situam em sua área de abrangência. A aplicação aos terceirizados das regras advindas de instrumentos de negociações coletivas das quais fez parte o órgão, ente ou empresa vinculada à administração pública, nesse raciocínio, violaria o artigo 611, § 1º, da CLT,¹⁹⁵ que dispõe que as condições de trabalho estipuladas em normas coletivas são aplicáveis às relações individuais de emprego do âmbito das representações dos Sindicatos envolvidos – e não para além dessa categoria.

Em relação a essa primeira abordagem do problema da terceirização ilícita na administração pública, e dos direitos que devem ser reconhecidos ao trabalhador terceirizado envolvido na controvérsia, cabe destaque aos seguintes precedentes jurisprudenciais:

FURNAS – TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR – TOMADOR DE SERVIÇOS INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DIRETO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO ISONÔMICO – IMPOSSIBILIDADE ANTE A VEDAÇÃO ERIGIDA PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO

I – É vedado ao ente integrante da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, que se tomem os serviços de um trabalhador, empregado de outra empresa, se isso significar o desempenho de suas atividades-fim. Tal conduta configura a terceirização ilícita, que, usualmente, redundaria no reconhecimento de vínculo direto entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora – caso se trate de empresa privada.

II – Contudo, por força do art. 37, II, da Constituição da República, isso não pode ser feito em relação aos entes públicos, que somente podem prover seus cargos e empregos mediante a realização de concursos públicos.

III – Furnas se constitui em sociedade de economia mista e, no que concerne a relações trabalhistas, é regida pela norma inscrita no § 1º do art. 173 da Constituição da República, estando também submetida às regras gerais a que se sujeitam quaisquer poderes e órgãos da Administração Pública, estas também insculpidas na Carta Magna.

IV – Na hipótese em exame, ante a ausência de realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, impossível a declaração de vínculo de emprego direto entre reclamante e ente público, ou mesmo a condenação deste, ainda que subsidiária, ao pagamento das verbas a que fazem jus seus funcionários

¹⁹⁵ CLT. Art. 611, §1º: É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

regularmente investidos, pois que tratar-se-ia de burla ao princípio do concurso público por via oblíqua.

V – Recurso conhecido e não provido.¹⁹⁶

O voto do relator Evandro Pereira Valadão Lopes registra que o art. 37, II, da Constituição representa óbice intransponível ao reconhecimento do vínculo empregatício entre o obreiro e o ente vinculado à administração pública. Registra ainda que tampouco prospera a pretensão do reclamante à aplicação do princípio da isonomia para que se reconheça o direito ao mesmo padrão remuneratório alcançado aos empregados efetivos, pois, ainda que o recorrente realize as mesmas atividades dos empregados enquadrados em cargo expressamente previsto no Quadro de Carreira da reclamada, em tarefa vinculada à sua atividade-fim, o fato de não ter o obreiro prestado concurso público para a investidura no cargo faz com que ele não se encontre “no mesmo patamar jurídico dos servidores da tomadora”. Conclui o relator:

Não há amparo legal para o reconhecimento de isonomia entre empregado terceirizado e empregado de empresa integrante da Administração Pública indireta tomadora de serviços, de modo que eventual deferimento do postulado, por via transversa, inequivocamente ofenderia o princípio do concurso público. (...) A Constituição da República, quando estabelece a necessidade do concurso público, elege o critério da meritocracia como elemento principal para preenchimento de cargo ou emprego público. Com isso, objetivou o legislador constituinte afastar a possibilidade de apadrinhamentos, clientelismo e a escolha por critérios que se distanciem do interesse público.¹⁹⁷

Fundamentos semelhantes são elencados nos seguintes precedentes da 4ª Turma do TRT da 4ª Região e da 4ª Câmara do TRT da 12ª Região, pela ordem:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO. TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE EMPREGADOS DE COOPERATIVA DITA PRESTADORA DE SERVIÇOS E EMPREGADOS PÚBLICOS. DIFERENÇAS SALARIAIS. Sendo inviável o reconhecimento de vínculo de emprego com a Administração Pública, não seria correto, tampouco, assegurar ao reclamante parcelas a que teria direito na condição de empregado público, por aplicação direta ou analógica da Lei 6.019/74. Tal entendimento importaria afronta ao princípio da isonomia, em relação aos trabalhadores contratados irregular e diretamente pela Administração (aos quais é garantido apenas a contraprestação pactuada, Súmula 363 do TST), em relação aos empregados da Administração regularmente admitidos (de quem exigida a prévia aprovação em concurso público), bem como em relação aos demais cidadãos (a quem a

¹⁹⁶ Acórdão do processo nº 0001256-54.2012.5.01.0082 (RO), TRT da 1ª Região, 7ª Turma, Relator Evandro Pereira Valadão Lopes, unânime, 05.11.2014.

¹⁹⁷ Acórdão do processo nº 0001256-54.2012.5.01.0082 (RO), TRT da 1ª Região, 7ª Turma, Relator Evandro Pereira Valadão Lopes, unânime, 05.11.2014

Constituição assegura o direito de concorrer por cargos e empregos públicos em igualdade de condições com quaisquer outros interessados).¹⁹⁸

ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADO DA EMPRESA PRESTADORA E DA TOMADORA DE SERVIÇOS EXERCENTES DAS MESMAS FUNÇÕES. ENTE PÚBLICO. VEDAÇÃO. Diante da condição de sociedade de economia mista da empresa tomadora dos serviços, resta vedada a aplicação do princípio da isonomia para fins de concessão das diferenças salariais pretendidas, já que tal fato implicaria um reconhecimento de vínculo empregatício com o ente público às avessas, sem a prestação de prévio concurso, em flagrante violação ao art. 37, II, da Constituição Federal.¹⁹⁹

De acordo com essa posição doutrinária e jurisprudencial, portanto, ainda que existam trabalhadores efetivos e terceirizados laborando ombro a ombro e realizando as mesmas atividades, inexistirá isonomia salarial.

Mauricio Godinho Delgado, ao analisar tal posição, entende que a solução beneficia os sujeitos praticantes da ilicitude – tanto a empresa terceirizada, prestadora dos serviços, quanto o tomador dos serviços, favorecida pela intermediação de mão-de-obra, independentemente de quem for reputado o responsável pelos créditos trabalhistas do obreiro. Como aduz o autor, o benefício do infrator é “sumamente grave, do ponto de vista da cultura jurídica contemporânea”.²⁰⁰

Além de beneficiar o infrator, a solução implica manifesto prejuízo ao trabalhador terceirizado. Mesmo que presentes todos os requisitos formadores da relação de emprego no plano fático, e ainda que a terceirização se dê na atividade-fim do tomador dos serviços, é impossível reconhecer que tal relação de emprego ocorreu juridicamente. Não há formação do vínculo empregatício, pela aplicação do dispositivo constitucional reiteradamente destacado. Da mesma forma, não ocorre a consequência da formação do vínculo empregatício apontada acima – incidência das normas e direitos pertinentes à categoria, eventualmente previstas em negociações coletivas ou mesmo em dispositivos legais específicos a funcionários públicos, e correção da defasagem de parcelas em face da terceirização ilícita – como ocorreria com uma empresa do setor privado da economia. É evidente que a ausência de resposta jurídica à hipótese possui como principal prejudicado o trabalhador, claro alvo de proteção da disposição do item I da súmula nº 331 do TST.

¹⁹⁸ Acórdão do processo nº 0087100-12.2005.5.04.0024 (RO), TRT da 4ª Região, 4ª Turma, Relator Fabiano de Castilhos Bertolucci, por maioria, 19.04.2010.

¹⁹⁹ Acórdão do processo nº 321200-09.2009.5.12.0036 (RO), TRT da 12ª Região, 4ª Câmara, Relatora Maria Aparecida Caitano, unânime, 12.05.2010.

²⁰⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 423.

Nada obstante, pode-se destacar ainda que o óbice constitucional torna inaplicável o possível caráter punitivo, sancionatório, do mesmo item I da súmula nº 331 do TST em relação ao tomador dos serviços e à empresa tomadora dos serviços, agentes da fraude. Note-se: a formação do vínculo empregatício, e o conseqüente alcance ao trabalhador das diferenças salariais devidas pelo correto enquadramento na categoria de empregado na tomadora, causa, em regra, um maior ônus para o polo empregador da relação, aceitando-se o raciocínio de que a fraude fora consumada com o intuito de adquirir mão-de-obra com menor custo. Essa despesa, decorrente da correção remuneratória devida ao trabalhador, acaba por coibir a perpetuação da prática ilícita.

2.5.2 Formação do vínculo empregatício e a primazia à tutela ao trabalhador

Sob a ótica inversa da posição doutrinária supradestacada, outra solução possível para o problema teria como prioridade a proteção ao trabalhador e a seus direitos básicos, bem como a responsabilização da entidade ligada à administração pública que contratou o funcionário de forma ilegal. Nesse caso, o vínculo empregatício seria reconhecido, estendendo-se ao obreiro todos os direitos que são reconhecidos aos demais funcionários da empresa.

A solução seria idêntica àquela pacificamente aplicada nos casos de terceirização ilícita no setor privado, fundada no item I da súmula nº 331 do TST. Tal entendimento vê como infrator o ente tomador dos serviços, vinculado à administração pública, e reconhece no obreiro um indivíduo de boa-fé usado como instrumento da fraude.

Percebe-se claro caráter protetivo ao trabalhador terceirizado em tal entendimento: com a formação do vínculo, são estendidos ao trabalhador todos os direitos pertinentes à categoria profissional na qual ele passa a se enquadrar, sendo corrigida a eventual defasagem remuneratória decorrente da fraude terceirizante.²⁰¹

Além da proteção ao trabalhador, a solução implica uma punição ao agente do ilícito. Como aduz Mauricio Godinho Delgado, “tal vertente sustenta que a prática ilícita não poderia

²⁰¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 419.

beneficiar aquele que já foi por ela economicamente favorecido (no caso, a entidade estatal tomadora dos serviços)”.²⁰²

De plano, reitera-se que estabelecer o vínculo empregatício entre o empregado terceirizado e o ente tomador dos serviços, vinculado à administração pública, significa suplantar o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, contrariando diretamente a previsão constitucional. Por tal razão é que o TST consubstanciou o entendimento acerca da impossibilidade da formação do vínculo empregatício nessas hipóteses no item II da súmula nº 331.

Pedro Carlos Sampaio Garcia defende a formação do vínculo empregatício, mesmo que em detrimento da literalidade do dispositivo constitucional. Fundamenta o autor que não há justificativa para que se apliquem soluções jurídicas distintas para hipóteses idênticas de ilicitude, unicamente em decorrência de ser o agente do ilícito um ente privado ou um ente público:

O grande erro na orientação consubstanciada no enunciado 331, no entanto, a nosso ver se encontra no seu item II, quando pretende dar tratamento diferenciado à administração pública direta e indireta, no caso de interposição fraudulenta de mão-de-obra. Tal orientação não apresenta suporte jurídico e fere inclusive princípios constitucionais.²⁰³

O autor fundamenta que a terceirização ilícita desvirtua os conceitos de empregado e empregador consubstanciados nos artigos 2º e 3º da CLT, de modo a violar princípios norteadores do Direito do Trabalho, por tais artigos consagrados, como o da integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, o da valorização do trabalho, da proteção do hipossuficiente e o da primazia da realidade. Daí extrai-se a razão do entendimento do item I da súmula nº 331 do TST, que busca afastar tais resultados perversos.²⁰⁴ Não se justificaria a exclusão dos entes da administração pública da sujeição às mesmas regras:

A administração pública direta e indireta, quando pratica ato ilícito, sofre as mesmas consequências que o setor privado. Logo no preâmbulo do art. 5º, da Constituição Federal, vem realçado com a importância que merece o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Tal

²⁰² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 423.

²⁰³ SAMPAIO GARCIA. *Apud*. PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1995, p.101.

²⁰⁴ SAMPAIO GARCIA. *Apud*. PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1995, p.101/102.

princípio também se aplica ao Estado, que está sujeito ao cumprimento da lei, como qualquer particular.²⁰⁵

Conclui o autor que a Constituição proíbe o tratamento diferenciado para situações jurídicas idênticas; em decorrência, não se justifica o tratamento discriminatório que privilegia o setor público quando este viola o sistema legal.²⁰⁶

Sampaio Garcia defende ainda que o art. 37, inciso II, da Constituição não pode ser interpretado como legitimador da prática de ilicitude por parte do administrador, inviabilizando o reconhecimento da relação de emprego tida com o ente público. Tal preceito constitucional de fato consagra mecanismo isonômico para a investidura em cargo público; “quando, no entanto, o administrador desrespeita tal determinação, as consequências não podem recair sobre o trabalhador, também vítima da ilegalidade”.²⁰⁷

Nessa segunda abordagem do problema em comento, destaca-se o seguinte precedente jurisprudencial, no qual foi reconhecida verdadeira relação de emprego na terceirização ilícita analisada e houve a determinação de estabelecimento do vínculo empregatício diretamente com os tomadores de serviço vinculados à administração pública:

EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. CONTRATO DE TRABALHO NULO. ARTIGO 37, INCISO II, DA CF/88. As tarefas desenvolvidas pela reclamante se inserem da atividade preponderante da CEF, caracterizando-se como atividade-fim da empresa tomadora dos serviços. Sendo o contrato de trabalho um contrato-realidade, é ilícita a terceirização, a reconhecer o vínculo empregatício com a Caixa Econômica Federal, mesmo diante do estabelecido no inciso II do artigo 37 da CF/88. Recurso ordinário da reclamante a que se dá provimento parcial.²⁰⁸

O relator João Alfredo Borges Antunes de Miranda não olvida dos termos do art. 37, inciso II, da Constituição, e a exigência ali afixada da prestação de concurso para a investidura no emprego público. Contudo, fundamenta que “o contrato de trabalho é um contrato-realidade, em que o empregado coloca sua força de trabalho em benefício exclusivo do empregador”.²⁰⁹ Se restarem verificadas as características de verdadeira relação

²⁰⁵ SAMPAIO GARCIA. *Apud.* PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1995, p.102.

²⁰⁶ SAMPAIO GARCIA. *Apud.* PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1995, p.102.

²⁰⁷ SAMPAIO GARCIA. *Apud.* PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1995, p.102.

²⁰⁸ Acórdão do processo nº 0123400-75.2002.5.04.0024 (RO), TRT da 4ª Região, 6ª Turma, Relator João Alfredo Borges Antunes de Miranda, unânime, 05.11.2004.

²⁰⁹ Acórdão do processo nº 0123400-75.2002.5.04.0024 (RO), TRT da 4ª Região, 6ª Turma, Relator João Alfredo Borges Antunes de Miranda, unânime, 05.11.2004.

empregatícia entre o tomador dos serviços e o obreiro terceirizado, é decorrência o reconhecimento de existiu, na hipótese, vínculo empregatício.

Cabe destacar ainda os fundamentos da sentença proferida pela magistrada Odete Carlin nos autos do processo nº 0068400-61.2009.5.04.0601, em que era analisado caso de terceirização de atividade-fim pela Caixa Econômica Federal:

(...) o trabalho prestado pela reclamante não pode ficar à margem da legislação trabalhista, sob o fundamento de que a contratação irregular de trabalhador através de empresa interposta não gera vínculo de emprego e de que não prestou concurso público. Se é certo que a reclamante trabalhou sem preencher o requisito do artigo 37, II, da Constituição Federal, também é certo que tal ato não derivou de sua responsabilidade e, portanto, não pode sofrer as consequências da omissão da primeira reclamada, que, conhecedora dos efeitos da lei, não providenciou na realização de concurso público para proporcionar a todos os cidadãos condições iguais de ingresso ao trabalho. E se é certo que o artigo 37, II, da Constituição Federal deve ser respeitado, não menos certo é o fato de que os Direitos Constitucionais dos trabalhadores também merecem o devido resguardo. Assim, no presente caso, as regras escritas no artigo 7º da Constituição Federal devam prevalecer sobre o que dispõe o referido artigo 37, II. (...) Por todo o exposto, tenho por configurada a relação de emprego entre a reclamante e a primeira reclamada.²¹⁰

O descumprimento do requisito para a investidura no emprego público decorre da omissão do administrador em providenciar a realização de concurso para o preenchimento das vagas para contratar, em contrapartida, empresa interposta prestadora dos serviços necessários. Entendeu a magistrada, assim, que a consequência de tal descumprimento da lei não pode ser imputada ao trabalhador.

Em suma, portanto, o reconhecimento do vínculo empregatício nas hipóteses em epígrafe visa à proteção ao trabalhador, presumindo sua boa-fé ao se envolver na ilicitude; à punição do agente do ilícito; e ao não privilégio à administração pública em detrimento de agentes particulares perpetradores de idêntica ilicitude.

Ocorre que este segundo “polo extremado” das possibilidades de abordagem do tema implica ignorar a expressa vedação constitucional à formação do vínculo empregatício com empresa ligada à administração pública sem a realização prévia de concurso público. Assim, a solução tem como inevitável a negativa de vigência e eficácia da norma da Constituição.

²¹⁰ Sentença proferida no processo nº 0068400-61.2009.5.04.0601, Vara do Trabalho de Ijuí-RS, juíza prolatora Odete Carlin, 30.07.2010.

Em que pese o Direito do Trabalho possuir inegável relevância social, proteger seus princípios em detrimento de dispositivo constitucional não parece adequado. Conforme fundamenta Delgado, negar eficácia ao dispositivo constitucional em comento, por ele classificado como “democrático e ético”, seria desconsiderar todo o esforço histórico de democratização e moralização da administração pública pátria. Não parece ao autor ser este o caminho mais adequado a ser tomado na hipótese.²¹¹ Portanto, a solução tem como óbice inafastável o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, pelo que é por sua vez afastada pelo próprio entendimento pacificado do TST e consubstanciado no inciso II da já citada súmula nº 331.

Importa mencionar, como lembra Rodrigo Coimbra Santos, que para os casos ocorridos anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, quando inexistia o requisito da prévia aprovação em concurso público para a investidura em empregos públicos, o TST aplica o entendimento da Orientação Jurisprudencial nº 321 da Seção de Dissídios Individuais I, segundo o qual é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público – exceto nas hipóteses de trabalho temporário e de serviço de vigilância.²¹²

2.5.3 Contrato nulo e a súmula 363 do TST

A terceira solução encontrada na doutrina e na jurisprudência ao problema da terceirização ilícita na administração pública reputa intransponível o óbice previsto no art. 37, inciso II, da CF/88, assim como a primeira abordagem mencionada. Tal posição atenta ainda para o quanto previsto no § 2º do referido dispositivo constitucional: a não observância do requisito previsto no inciso II implica na nulidade da contratação.

Assim, o contrato de trabalho celebrado pela administração pública sem a prévia aprovação em concurso público será tida como nula, inválida. Tal entendimento é aplicado para as contratações irregulares perpetradas pelos entes públicos em geral, encontrando aplicação analógica nas hipóteses das terceirizações ilícitas.

²¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 424.

²¹² SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 115.

De plano, faz-se necessária uma breve análise do instituto da nulidade e seu peculiar tratamento no Direito do Trabalho pátrio. Nulidade, no conceito de Mauricio Godinho Delgado, é “a invalidação da existência e/ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente em virtude de se chocar com regra jurídica imperativa”.²¹³ Seria a hipótese da relação empregatícia típica com órgão ou entidade vinculada à administração pública direta ou indireta sem a prévia aprovação, por parte do trabalhador, de concurso público, faltando portanto requisito fundamental de validade da relação de emprego telada por afronta direta ao preceito constitucional já citado. Em face de tal vício de formação da relação, o contrato de trabalho surgido é eivado de nulidade, por desrespeito a formalidade contratual imperativa, indispensável.

Diferentemente do que ocorre no Direito Civil, em que se entende que o ato nulo não pode ensejar nenhum efeito jurídico – a teor do artigo 182 do Código Civil, sendo eliminados inclusive os efeitos jurídicos do ato retroativamente,²¹⁴ o Direito do Trabalho possui orientação de validar certas consequências decorrentes do ato nulo. Explica Delgado que, em regra geral, a decretação de eventual nulidade identificada possuirá tão-somente efeitos *ex nunc*, não retroagindo tal decretação a ponto de comprometer os efeitos anteriores à decisão. Nesse diapasão, por exemplo, o contrato nulo terá seus efeitos mantidos como válidos até a decretação da nulidade, inviabilizando-se, contudo, a produção de novos efeitos jurídicos a partir de então.²¹⁵

Tendo em vista este tratamento diferenciado e peculiar do tema da nulidade jurídica, Mauricio Godinho Delgado denomina a orientação específica deste ramo jurídico sobre a matéria como Teoria Trabalhista das Nulidades.²¹⁶ A visão do tema pelo Direito do Trabalho é diferenciada em razão da peculiaridade da relação jurídica tutelada pelo ramo – uma vez que o tomador dos serviços já se apropriou do valor do trabalho despendido pelo obreiro, é impossível o retorno das partes à situação anterior ao contrato nulo; inobstante, tal obreiro, como já forneceu sua força de trabalho, tem de receber a efetiva contraprestação, sob pena de enriquecimento sem causa do tomador dos serviços. Assim, trata-se de um exemplo de resposta diferenciada do Estado com o fito de tutelar o valor do trabalho – ou seja, uma

²¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 477.

²¹⁴ Código Civil de 2002. Art. 182: Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

²¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 478.

²¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 478.

resposta diferenciada que visa a proteger os interesses do polo hipossuficiente da relação empregatícia.

Contudo, nem sempre todos os efeitos do contrato de trabalho nulo anteriores à decretação da nulidade serão mantidos como válidos e eficazes pela aplicação da chamada Teoria Trabalhista das Nulidades. Por vezes, tal teoria terá sua aplicação restringida, sendo reconhecidos como válidas apenas algumas das repercussões jurídicas do contrato anteriores ao reconhecimento judicial da nulidade que o vicia.

Quanto à hipótese telada, comenta Rodrigo Coimbra Santos que “a explicação da aplicação restrita da teoria trabalhista das nulidades no caso concreto se dá em razão do bem jurídico afrontado pela irregularidade, que diz respeito fundamentalmente a interesse público, o qual deve prevalecer sobre o interesse privado”.²¹⁷ É nesse sentido que Delgado aduz que a Teoria Trabalhista das Nulidades encontra aplicação mais restrita quando o valor do trabalho, que a aplicação absoluta da teoria procuraria tutelar, é confrontado, no caso concreto, com outro bem de interesse público inquestionável.²¹⁸

Essa construção doutrinária deu azo ao entendimento consubstanciado na súmula 363 do TST, que trata das contratações de empregados irregularmente pela administração pública, sem o requisito da prévia aprovação em concurso público. Dispõe o enunciado:

Súmula nº 363 do TST.

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Trata o enunciado justamente de um contrato de trabalho nulo que terá reconhecidos efeitos anteriores à decretação da nulidade; contudo, tais efeitos terão extensão minorada. Aplicado o entendimento sumulado no caso concreto, o contrato de trabalho eivado de vício será anulado e portanto encerrado, sem fazer jus o trabalhador, por exemplo, às verbas próprias da rescisão contratual por dispensa injustificada, dentre as quais o aviso prévio, a multa de 40% do FGTS e o valor do seguro desemprego, e tampouco a outras verbas advindas de instrumentos de negociação coletiva ou de regulamentos de avanço de carreira que seriam

²¹⁷ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 143.

²¹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 480.

devidas ao empregado licitamente contratado. Apenas alcançar-se-á ao empregado o valor nominal de seu salário, proporcional às horas efetivamente trabalhadas, somado aos depósitos do FGTS (art. 19-A da lei nº 8.036/90).

A súmula nº 363 pode encontrar aplicação, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, também na hipótese de terceirização trabalhista ilícita na administração pública, quando se reconhece que o expediente da terceirização nada representou além de servir como instrumento fraudulento para mascarar verdadeira relação empregatícia. Isso porque existe, na hipótese, *mutadis mutandis*, contratação de empregado público sem o requisito da prévia aprovação em concurso. Em face do interesse público envolvido também na hipótese, a Teoria Trabalhista das Nulidades, que em tese reputaria como absolutamente válida a relação de emprego até então existente, com o cumprimento integral de seus efeitos até o momento da decretação judicial da nulidade, tem sua aplicação restringida. É a posição, por exemplo, de Alice Monteiro de Barros.²¹⁹ No mesmo sentido a fundamentação de Rodrigo Coimbra Santos:

A Súmula 363 pode ter aplicação conexa com a Súmula 331, IV, no que tange à responsabilidade e sua extensão. A Súmula 363 refere-se à contratação ilegal de servidores públicos sem concurso, diretamente, em afronta ao art. 37, II, da CF/88. No caso de contratação direta, sem concurso público, a contratação é declarada nula segundo o verbete 363, mas lhe confere o direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor hora do salário mínimo, e também, com a nova redação dada pela resolução 121 de 21.11.2003, os valores referentes aos depósitos do FGTS.²²⁰

Novamente, passa-se a uma breve exemplificação jurisprudencial da aplicação da solução em comento:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. NULIDADE DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE DE VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA Nº 363 DO TST. Contrato de trabalho cuja nulidade se declara em razão do reconhecimento judicial dos fatos que originaram a Ação Civil Pública e a homologação do Termo de Ajustamento de Conduta onde restou comprovada a participação do ente público em contratos de terceirização ilícita. Configuração do Município como real empregador em franca violação ao princípio da admissão mediante concurso público. Aplicação da Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho em razão do disposto no artigo 37, II da Constituição Federal.²²¹

²¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 359.

²²⁰ SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 90.

²²¹ Acórdão do processo nº 0000210-80.2010.5.01.0282 (RO), TRT da 1ª Região, 10ª Turma, Relator Ângelo Galvão Zamorano, unânime, 20.02.2014.

No precedente cuja ementa foi colacionada acima, o voto do relator Ângelo Galvão Zamorano consigna que não eram incluídas na condenação da tomadora dos serviços a assinatura na CTPS do obreiro, o aviso prévio, as férias e o décimo terceiro, por exemplo. Isso porque, conforme fundamenta o magistrado, o contrato de trabalho existente é eivado de nulidade, em face do não preenchimento do requisito da prévia aprovação em concurso público.

A 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho possui precedente com o mesmo teor:

RECURSO DE REVISTA DA FUNDAÇÃO RECLAMADA. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS. SÚMULA Nº 363 DO TST. Não há dúvida de que o contrato nulo impede que se considere efeitos ao contrato de trabalho realizado sem concurso público. Nesses termos, a v. decisão que assim entende, contraria o teor da Súmula 363 do c. TST. Todavia, não é possível se entender que a ilicitude de terceirização, em face do item II da Súmula 331 do c. TST, redunde no afastamento da responsabilidade total do ente público, eis que tal definição importa em que o empregado nada receba dos direitos trabalhistas deduzidos em juízo inclusive em relação à empresa interposta, no caso o Banco do Estado do Rio Grande do Sul, contratante. Incumbe, na realidade, com o fim de dar máxima eficácia ao princípio que protege o trabalho como direito indisponível a limitação da condenação do ente Público, de modo subsidiário, mantida a condenação da empresa interposta na obrigação de adimplir os direitos não pagos no curso do contrato de trabalho. Deste modo, embora não seja possível condenar de modo solidário a Fundação Pública, é devida a sua condenação subsidiária, quando definida fraude na contratação de empregado terceirizado, a determinar a culpa in vigilando, nos termos da atual redação da Súmula 331, V, do c. TST. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.²²²

A decisão da 6ª Turma do TST conheceu do recurso de revista interposto pela parte reclamada interposto face à decisão do Tribunal Regional originário, a qual reconheceu ao empregado terceirizado todos os direitos que teria se empregado da tomadora dos serviços fosse. Fundamentou o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga que a decisão regional contrariava a súmula nº 363 do TST, segundo a qual a condenação deveria abarcar apenas o pagamento da contraprestação pactuada em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Portanto, a solução em comento reconhece a impossibilidade de formação de vínculo empregatício do trabalhador com a empresa tomadora dos serviços vinculada à administração pública; contudo, reconhece ao trabalhador terceirizado ao menos o seu direito à contraprestação pelas horas trabalhadas.

²²² Acórdão do processo nº 139900-90.2009.5.04.0019 (RR), TST, 6ª Turma, Relator Aloysio Corrêa da Veiga, 15.03.2013.

Quanto à presente solução, são cabíveis as mesmas críticas aventadas em relação à primeira solução abordada. Também aqui, o principal prejudicado pela aplicação analógica do entendimento da súmula nº 363 será o trabalhador, que deixará de receber grande parte das parcelas a que faria jus em uma relação empregatícia não viciada. Nada obstante, também a presente solução perde o caráter sancionatório em relação ao administrador agente da ilicitude.

2.5.4 Aplicação do princípio da isonomia salarial

Abordamos as hipóteses supra aventadas para a solução jurídica a ser aplicada diante da terceirização ilícita no âmbito da administração pública como polos contrapostos, extremos. Isso porque ambos tomam caminhos absolutamente diversos: o primeiro reputa intransponível o requisito de investidura do art. 37, II, da Constituição, e dá primazia à forma em detrimento da verdadeira relação empregatícia ocorrida faticamente. Em contrapartida, o segundo transpõe a regra constitucional em comento, dá primazia ao plano fático em detrimento da forma e visa à proteção do trabalhador. São resultados manifestamente opostos tanto do ponto de vista dos tomadores de serviço quanto do ponto de vista do trabalhador.

Contudo, ambos pecam por razões diversas. A primeira solução traz manifestos prejuízos ao trabalhador terceirizado, pois não reconhece qualquer direito ao obreiro; presume-o de má-fé, ademais, por ter laborado sem a prestação de concurso público. A solução oposta, por sua vez, viola frontalmente dispositivo constitucional que reconhecidamente possui grandes méritos ao consagrar a impessoalidade na admissão de empregados públicos,²²³ evitando apadrinhamentos.²²⁴

A aplicação da súmula nº 363 do TST, por sua vez, reconhece a existência do contrato de emprego; mas o reputa inválido *ex nunc* e limita consideravelmente a extensão dos direitos do obreiro a serem reconhecidos.

²²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31º ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 117.

²²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 218.

Como se percebe pelas conclusões tiradas acima de cada um dos modelos 'extremados' de solução para o problema da terceirização ilícita na administração pública, qualquer solução aceitável para a questão pressupõe a observância de ambos os aspectos aventados – tanto a forma exigida para a contratação de funcionários por entidades públicas como os direitos básicos reconhecidos há muito à classe trabalhadora pela legislação pátria. Deve ser tomada abordagem que reconheça ambos os aspectos com igual relevância. Tal abordagem não desconsidera o óbice constitucional do art. 37, II, mas evita o tratamento privilegiado à entidade que em verdade cometeu ato ilícito e também consagra a proteção ao trabalhador.

Conforme versa Mauricio Godinho Delgado, pode-se dizer que essa abordagem se mostra como uma corrente intermediária entre os dos polos supra referidos. Reconhece os méritos da primeira vertente ao conferir eficácia inquestionável ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e os méritos da vertente contraposta ao não favorecer o tomador dos serviços praticante da ilicitude – que já foi favorecido pela própria prestação dos serviços.²²⁵

O primeiro passo para a vertente em epígrafe é a não derrogação da regra constitucional incidente na hipótese de investidura em empregos públicos. Não se pode negar validade e eficácia à Constituição na hipótese, “como se o Direito do Trabalho fosse um superdireito, imune a qualquer influência ou comando retificador de sua rota, mesmo quando oriundo do documento político e jurídico maior de uma nação”.²²⁶ Não há dúvida que a formação do vínculo empregatício na hipótese subverteria a lógica da exigência inarredável da prévia aprovação em concurso público para a investidura em emprego público, e que tal efeito, ainda que o caso da terceirização ilícita possua peculiaridades que a diferenciam de uma contratação comum, implicaria violação frontal à Carta Magna.

É no sentido de conferir plena eficácia ao comando constitucional que a súmula nº 331 do TST, em seu item II, contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

Entretanto, por outro lado, é evidente que o entendimento do TST, consubstanciado no enunciado de súmula em comento, não tem o intuito de deixar desamparado o trabalhador utilizado na contratação irregular. Como aduz Delgado, ao confirmar a eficácia do art. 37,

²²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 423.

²²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 424.

inciso II, da CF/88, o desafio da solução jurídica procurada para a hipótese é o de “compatibilizar-se, harmonizar-se a vedação constitucional (...) com inúmeros outros princípios e regras constitucionais tão relevantes quanto à regra vedatória obedecida”.²²⁷

Nessa senda, a corrente doutrinária ora em comento não olvida que a terceirização irregular não pode se dar em detrimento do princípio central isonômico do art. 5º, *caput*, da Constituição, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”; ou o princípio mais específico da isonomia consubstanciado no art. 7º, inciso XXXII, da Carta Magna, que determina a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.²²⁸ Amauri Mascaro Nascimento lembra que a igualdade salarial é princípio geral, válido em todos os sistemas jurídicos, advindo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – art. XXIII, segundo o qual “todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual”.²²⁹

O respeito a tais princípios constitucionais é tão justificável quanto o devido respeito à vedação da contratação sem a prévia aprovação em concurso público. Ainda que a Constituição Federal de fato seja de hierarquia superior à CLT, como é ressaltado pela doutrina defensora da primazia da formalidade,²³⁰ deve se observar que é a própria Constituição que ressaltou o valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV) e o princípio da igualdade e da isonomia, supracitados.²³¹

Assim, a corrente prega que a solução jurídica correta para as hipóteses de terceirização ilícita na administração pública é aquela que, sem negar eficácia ao art. 37, inciso II, da CF/88, harmoniza tal disposição com a garantia da observância da isonomia ao

²²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 424.

²²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 424.

²²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 481.

²³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 150.

²³¹ Ademais, quanto à hierarquia das normas citada, na lição de Mauricio Godinho Delgado, não subsiste no Direito do Trabalho a hierarquia inflexível e rígida que impera no Direito Comum, pois o ramo jurídico em epígrafe é construído em torno do princípio da norma mais favorável ao trabalhador, face ao seu caráter teleológico, finalístico, de progressão social do obreiro. Delgado destaca que não se trata de derogarem-se normas de hierarquia superior em benefício do trabalhador, mas de estabelecer entre as normas uma “harmoniosa concorrência”, com a prevalência daquela que mais se adequar, no caso concreto, ao fim último do Direito do Trabalho. Não se pretende, na hipótese, a preterição do dispositivo constitucional incidente, mas a sua compatibilização com as normas protetivas ao trabalhador – que encontram fundamento, em última análise, na própria Constituição. Nesse sentido, DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 164/166.

trabalhador, conforme leciona Mauricio Godinho Delgado, afastando-se os efeitos mais perversos e discriminatórios dessa ilicitude.²³² Confirma o autor:

O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas – sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional.²³³

Nessa senda, como resultado prático da aplicação da solução jurídica ora em comento, o obreiro terá direito à mesma remuneração alcançada ao trabalhador direta e efetivamente contratado pelo ente público para o exercício de idênticas funções, inclusive àquelas verbas e benefícios eventualmente previstos em normas advindas de negociações coletivas.

O autor aduz que tal resposta jurídica encontra fundamentos legais e principiológicos no próprio ordenamento jurídico pátrio, citando como fundamento as previsões constitucionais referentes à igualdade e à isonomia (enumerados acima); ao valor social do trabalho, consubstanciado no art. 1º, inciso IV,²³⁴ da CF/88; e à valorização do trabalho humano, enfatizada no art. 170, *caput*,²³⁵ também da CF/88. Necessário ainda ressaltar que o tratamento isonômico é previsto também no art. 460 da CLT.²³⁶

Segundo Delgado, a isonomia salarial na hipótese evita um dos mais graves desajustes que o fenômeno da terceirização passou a causar, após o desmedido crescimento de sua utilização, em relação ao Direito do Trabalho clássico – a injustificável discriminação socioeconômica que ele propicia. Nas palavras do autor, se não garantida a isonomia salarial, a terceirização se torna “mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado

²³² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 424.

²³³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 425.

²³⁴ Constituição Federal de 1988. Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

²³⁵ Constituição Federal de 1988. Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).

²³⁶ CLT. Art. 460: Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.

de trabalho do país”.²³⁷ Contraria a própria essência do Direito do Trabalho, que tem a finalidade de aperfeiçoar as condições sociais do trabalhador.²³⁸

Nada obstante, a aplicação do princípio isonômico torna desinteressante para o administrador a prática da terceirização ilícita, efetuada com o único intuito de reduzir as despesas com mão-de-obra, pois garante ao trabalhador terceirizado o mesmo padrão remuneratório do empregado efetivo. Conseqüentemente, a terceirização do serviço não reduzirá, para o administrador, os encargos trabalhistas decorrentes da contratação.

Destaca-se que a lei 6.019/74, que regula o trabalho temporário, desde a década de 1970 já consagrava este mesmo raciocínio, ao estipular em seu art. 12, alínea “a”, a garantia ao terceirizado de remuneração equivalente ao empregado da empresa tomadora.²³⁹

Foi por entender tal resposta jurídica como a mais adequada para as hipóteses de terceirização ilícita na administração pública que a Seção de Dissídios Individuais I do TST formulou, em abril de 2010, a Orientação Jurisprudencial nº 383, que hoje possui a seguinte redação:

Orientação Jurisprudencial nº 383 da SDI-I do TST.
TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

Dessa forma, a Orientação Jurisprudencial em comento consagrou a posição majoritária do TST quanto ao tema, no sentido de aplicar analogicamente a regra da isonomia salarial prevista na lei nº 6.019/74 às terceirizações permanentes e ilícitas realizadas no âmbito da administração pública. Note-se que a redação da OJ prevê o direito do terceirizado

²³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 421. Note-se que o autor aborda, no tópico, a terceirização em geral, mesmo a lícita; mais justificável é o dever de igualdade salarial na hipótese de terceirização ilícita, entendida como aquela praticada como mera intermediação de mão-de-obra, dada a identidade total de funções e condições de trabalho entre os terceirizados e os efetivos, assim considerados os formalmente admitidos.

²³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 440.

²³⁹ Lei nº 6.019/74. 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.

não apenas às verbas legais asseguradas aos empregados efetivos, mas também às verbas normativas, decorrentes das negociações coletivas.

Importa destacar alguns dos argumentos aventados pelos Ministros do TST nos precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial em comento. Em precedente da 6ª Turma, o Ministro Mauricio Godinho Delgado registra que o TST passou a adotar a aplicação do princípio da isonomia na hipótese “de modo a mitigar o caráter antissocial da fórmula terceirizante”.²⁴⁰

O Ministro Rider de Britto, relator de precedente da Seção de Dissídios Individuais do TST, fundamenta em seu voto que a extensão ao trabalhador de tais direitos por isonomia é “mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante”.²⁴¹ Note-se que o administrador já foi beneficiado ao tomar a força de trabalho do obreiro terceirizado, favorecendo-se da ilicitude cometida ao terceirizar serviço para o qual deveria ter contratado empregado diretamente mediante a realização de concurso público. Deve, portanto, ao menos arcar com o ônus da contraprestação ao trabalho do terceirizado de forma correspondente ao que arcaria com a contratação formalmente válida.

Por fim, o mesmo voto registra ainda que a aplicação analógica de norma prevista originalmente apenas para os contratos de trabalho temporários encontra total cabimento na hipótese de terceirização ilícita: “Ora, se a isonomia se impõe até mesmo na terceirização temporária de curto prazo, com maior razão é cabível a isonomia em períodos mais longos, em que a perversidade da discriminação é muita mais grave, profunda e constante”.²⁴²

A Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, em precedente da 8ª Turma do TST, afirmou ainda as razões pelas quais o Tribunal não aplica analogicamente, na hipótese, a súmula nº 363 do TST, que limitaria o rol de verbas devidas ao obreiro. Segundo a relatora, as disposições da súmula contrariam as normas trabalhistas de proteção ao empregado, polo hipossuficiente da relação de emprego, e ainda favorecem o tomador dos serviços, agente da ilicitude. Consigna a Ministra em seu voto que “deve prevalecer o direito do obreiro frente

²⁴⁰ Acórdão do processo nº RR 116040-41.2003.5.09.0016, TST, 6ª Turma, Relator Min. Mauricio Godinho Delgado, unânime, 31.10.2008.

²⁴¹ Acórdão do processo nº ERR 799073-80.2001.5.03.5555, TST, Seção de Dissídios Individuais, Relator Min. Rider de Brito, por maioria, 25.02.2005.

²⁴² Acórdão do processo nº ERR 799073-80.2001.5.03.5555, TST, Seção de Dissídios Individuais, Relator Min. Rider de Brito, por maioria, 25.02.2005.

aos desmandos praticados pelo mau administrador público, ao qual devem ser direcionados os ônus do descumprimento das normas legais”.²⁴³

Assim, o TST tem tido entendimento reiterado no sentido de aplicar esta última solução jurídica para as hipóteses de terceirização ilícita na administração pública, com maior recorrência que os entendimentos anteriormente abordados.

Há uma harmonização do quanto previsto no art. 37, inciso II, da CF/88 com o princípio da isonomia salarial. O entendimento conjuga, desse modo, o respeito a ambas as regras constitucionais em jogo.

Merece registro que a aplicação de tal norma não contraria o interesse público, ao contrário do que fundamenta a primeira corrente – que reputa inviável o reconhecimento de qualquer verba ao trabalhador terceirizado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro relembra que a visão do que se entende por ‘primazia do interesse público’ foi modificada, modernizada. O interesse público não mais se confunde com o interesse do próprio aparelhamento administrativo, sendo descabida uma visão de administração pública que tenha por enfoque prioritário o benefício da própria máquina estatal e de seus servidores. O interesse público não pode ser confundido com os interesses próprios do Estado, ou dos demais órgãos ou pessoas jurídicas vinculadas à administração pública. Tais entidades possuem seus interesses particulares, individuais, tais quais os interesses de quaisquer outros sujeitos; contudo, não necessariamente tais interesses coincidirão com os interesses efetivamente públicos, ou seja, da sociedade, do conjunto social.²⁴⁴

A administração pública moderna deve ser voltada ao cidadão.²⁴⁵ Ele é o fim e o fundamento da atuação do Estado. Como destaca Jorge Luiz Souto Maior, a administração pública é justamente um instrumento de facilitação ao cumprimento dos deveres do Estado perante a sociedade; não há lógica, portanto, fundamentar na primazia do interesse público a

²⁴³ Acórdão do processo nº RR 73300-82.2003.5.04.0024, TST, 8ª Turma, Relatora Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, unânime, 24.10.2008.

²⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31º ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 66. Trata-se da distinção corrente na doutrina administrativista entre os interesses primários de Estado, ou seja, os interesses públicos propriamente ditos, e os interesses secundários de Estado, particulares dos entes vinculados à administração pública. Nesse sentido, ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Direito Administrativo – Teoria resumida**. São Paulo: Forense: Método, 2009, p. 24.

²⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.

exploração do trabalho do cidadão que o Estado deve proteger.²⁴⁶ É o caso da terceirização ilícita: por certo que é do interesse particular do ente vinculado à administração pública não possuir qualquer ônus adicional em relação ao obreiro; contudo, tal interesse não coincide com o interesse público propriamente dito, eis que, na hipótese, agiria o Estado contra o próprio Direito, e portanto contra os interesses públicos pelos quais deve primar. Agiria ainda contra o cidadão envolvido na ilicitude, e dela vítima, permitindo claro tratamento discriminatório em relação ao trabalhador.

Por outro lado, o princípio da legalidade,²⁴⁷ ao qual está adstrita a administração pública, e o consequente dever de observância à formalidade exigida pela Constituição para a admissão de empregados, não justifica que, quando inobservada tal regra – como no caso da terceirização ilícita, utilizada como forma de intermediação de mão-de-obra – tenha o trabalhador que arcar com o ônus da ilegalidade cometida.

A mera formalidade, assim, não justifica a quebra da isonomia salarial. “Com efeito, o princípio da legalidade não visou simplesmente à mera estruturação formal de um aparelho burocrático tendo em vista balizar, de fora, mediante lei, sua composição orgânica e seus esquemas de atuação”, como leciona Bandeira de Mello. “O que se pretendeu e se pretende, a toda evidência, foi e é, sobretudo, estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia”.²⁴⁸ A formalidade da exigência da prévia aprovação em concurso público como requisito para investidura em emprego público não se justifica por si mesma, unicamente por ser uma forma positivada; ela surgiu e encontra fundamento justamente no princípio da impessoalidade, como acima exposto, pois procura dar a todos as mesmas condições de acesso ao posto de trabalho. Pretende a formalidade, dessa forma, consagrar a igualdade, a isonomia. Não pode tal formalidade ser invocada, portanto, como instrumento e justificativa de uma violação a esse mesmo princípio da isonomia.

²⁴⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Disponível em <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-17-2013-outubro-dezembro-de-2005/terceirizacao-na-administracao-publica-uma-pratica-inconstitucional>>. Acessado em 1º de novembro de 2014, p. 16/17.

²⁴⁷ Pelo qual, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “a administração pública só pode ser exercida na conformidade da lei”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31º ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 103.

²⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31º ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 64.

Por todo o exposto, o TST tem entendido que a forma mais adequada de lidar com o problema da terceirização ilícita na administração pública não está em reconhecer o vínculo empregatício do empregado com a tomadora dos serviços, mas em estender a ele os direitos da categoria, na medida do possível, em que pese o óbice constitucional, pelo princípio da isonomia, do tratamento isonômico que é devido.

Não tem sido considerado aceitável, por exemplo, remunerar de modo diferente dois funcionários que exercem as mesmas funções, em prol de uma entidade pública, unicamente porque apenas um dos dois é formalmente contratado, e o outro, terceirizado ilicitamente. O tratamento desigual causado pela terceirização, assim, é afastado pela isonomia.

2.6 Responsabilidade pelos créditos reconhecidos

Ultrapassada a discussão acerca da extensão dos direitos que devem ser reconhecidos ao trabalhador objeto de terceirização ilícita em que figura como tomador dos serviços ente vinculado à administração pública, seja com o reconhecimento do direito à isonomia salarial em relação aos empregados efetivos do tomador, seja com a limitação apenas à contraprestação pactuada com a empresa prestadora de serviços, surge a discussão acerca da extensão da responsabilidade da administração pública pelos créditos devidos ao trabalhador. Diferentes posições acerca do problema surgiram na doutrina e na jurisprudência pátria.

Uma primeira posição, fundada no princípio da primazia do interesse público sobre o privado, entende que a administração pública não pode ser responsabilizada pelos créditos trabalhistas devidos ao trabalhador objeto da terceirização, ainda que ilícita. Fundamenta-se este entendimento com base em expressa previsão legal. A lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, prevê em seu art. 71 (em sua redação original):

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 estabelecidos neste artigo, 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.

Quando aplicado tal entendimento, apenas o empregador formal do trabalhador terceirizado possuiria legitimidade passiva quanto aos débitos junto ao obreiro.²⁴⁹ Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena destaca que a lei dá preferência à tutela da pessoa jurídica pública em detrimento da tutela do trabalhador,²⁵⁰ em claro exemplo de aplicação do princípio da primazia do interesse público sobre o privado.

Segundo Delgado, em que pese a literalidade do § 1º do dispositivo transcrito, a jurisprudência pátria não abraçou a tese da inexistência de responsabilidade por parte do Estado nos casos de inadimplência das verbas trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviço contratadas em terceirizações trabalhistas. O autor aduz que tal diferenciação em favor dos órgãos e entidades públicas representaria “grosseiro privilégio antissocial”, e ressalta que inexistente previsão constitucional que autorize tal exceção.²⁵¹ Alice Monteiro de Barros destaca que a regra ofende a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho preconizados pela Constituição como fundamentos do Estado Democrático de Direito.²⁵²

Vilhena ressalta que passou a prevalecer nos Tribunais pátrios, no final dos anos de 1990, o entendimento de que a administração pública é co-responsável pelos débitos trabalhistas com o trabalhador terceirizado.²⁵³

Assim, em setembro de 2000 o TST alterou a redação do item IV da súmula nº 331 para reputar a responsabilidade subsidiária à administração pública em caso de inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador formal junto ao trabalhador terceirizado. A súmula já previa a responsabilidade subsidiária para as hipóteses de terceirização na iniciativa privada. Nessa senda, a execução somente se voltaria à administração pública tomadora dos serviços quando a empresa contratada não fosse adimplente.

²⁴⁹ Nesse sentido a seguinte ementa: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Sendo estritamente vinculada a atividade da administração pública no que concerne aos procedimentos relativos à execução dos contratos administrativos, não há que se falar em responsabilidade subsidiária ou solidária pela inadimplência do contratado, quanto às obrigações de natureza trabalhista, em virtude da exclusão textualmente feita no §1º, do art. 61 do Decreto-lei 2.300/86, em relação aos contratos firmados sob a sua égide, e §1º do art. 71 da lei 8.666/93. Acórdão do processo RO 12.455/97, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 5ª Turma, Relatora Juíza Mônica Sette Lopes, DJ MG 07.02.1998.

²⁵⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 318.

²⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 433.

²⁵² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 426.

²⁵³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 319.

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).

Mauricio Godinho Delgado assevera que o afastamento da literalidade do § 1º do art. 71 da lei nº 8.666/93 com o fito de aplicar o regime da responsabilidade subsidiária aos entes vinculados à administração pública vai ao encontro da regra da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes,²⁵⁴ consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.²⁵⁵ Sérgio Pinto Martins fundamenta que a responsabilidade objetiva prevista na Constituição não diferencia para quais espécies de crédito é aplicável – civis, trabalhistas, previdenciários ou outros; não poderia a lei nº 8.666/93, nessa senda, fazer tal distinção, isentando o Estado de tipos específicos de responsabilidade, sob pena de contrariar a Lei Maior.²⁵⁶

É de se destacar que, apesar de fundamentarem-se no art. 37, § 6º, da CF/88, os precedentes do TST que reputaram a administração pública como responsável subsidiária pelos créditos trabalhistas do terceirizado e levaram à revisão do item IV da súmula nº 331 não declaravam inconstitucional o artigo 71, § 1º, da lei nº 8.666/93 para chegar à conclusão em comento.²⁵⁷ Apenas interpretavam dispositivo sistematicamente com a integralidade da Lei das Licitações. Em que pese o § 1º do artigo 71, em seu texto literal, eximir de responsabilidade o ente público pelas obrigações da contratada, o artigo 58 da mesma lei nº 8.666/93 reputa à administração pública a prerrogativa – e o dever – de fiscalizar a execução dos contratos administrativos que celebrar; ademais, dispõe ainda o artigo 67 que “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”. Assim, se a administração possui o dever de fiscalizar, o descumprimento dessa incumbência, na posição do TST, trará repercussões no campo da responsabilidade.

²⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 434.

²⁵⁵ Constituição Federal de 1988. Art. 37, § 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.

²⁵⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 151.

²⁵⁷ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? Repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula nº 331 do TST. In **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 6/722, junho de 2012.

Face ao posicionamento do TST, o Governador do Distrito Federal suscitou, junto ao STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade referente ao art. 71, §1º, da lei nº 8.666/93.²⁵⁸ Fundamentava o suscitante que o TST aplicava “ampla retaliação” ao dispositivo legal, eis que “diuturnamente” negava vigência ao comando normativo.²⁵⁹ Procurava o autor, dessa forma, fosse confirmada a vigência e validade dos termos do dispositivo legal que afastava a responsabilidade da administração pública.

Em novembro de 2010, ao apreciar a referida Ação Declaratória de Constitucionalidade, distribuída sob o nº 16, o STF declarou a constitucionalidade do art. 71 da lei nº 8.666/93, inclusive no que pertine à responsabilidade subsidiária objetiva da administração pública em caso de inadimplência das empresas prestadoras de serviço por ela contratadas.²⁶⁰ Por outro lado, em que pese afastar a incidência do art. 37, § 6º, da CF/88 na hipótese, o Supremo definiu que a responsabilidade subsidiária seria imputável à administração pública quando comprovada, no caso concreto, a culpa da entidade pública contratante na fiscalização do cumprimento correto do contrato – incluindo no conceito de ‘cumprimento’ a observância dos direitos trabalhistas.²⁶¹ A decisão do STF foi publicada em 09.09.2011 e transitou em julgado em 22.09.2011.²⁶²

Registra o voto da Ministra Carmen Lúcia que a administração pública não pode anuir com o descumprimento dos deveres das empresas contratadas: “a aplicação do art. 71, § 1º, da lei nº 8.666/93 não exime a entidade da administração pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais o da legalidade e da moralidade administrativa”.²⁶³

²⁵⁸ COSTA FILHO, Armando Casimiro. Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Súmula nº 331, IV e V, do TST – Suspensão de Processos no Âmbito do TST. [Editorial]. In **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 4/389, abril de 2012.

²⁵⁹ Acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 Distrito Federal, STF, Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, por maioria, 09.09.2011

²⁶⁰ COSTA FILHO, Armando Casimiro. Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Súmula nº 331, IV e V, do TST – Suspensão de Processos no Âmbito do TST. [Editorial]. In **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 4/389, abril de 2012.

²⁶¹ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? Repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula nº 331 do TST. In **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 6/722, junho de 2012.

²⁶² informações extraídas de <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=16&classe=ADC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 1º de novembro de 2014.

²⁶³ Acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 Distrito Federal, STF, Pleno, Relator Min. Cezar

Em face do posicionamento do STF, no sentido de que a responsabilidade subsidiária da administração pública não poderia mais ser aplicada de forma objetiva – ou seja, sempre que a empresa contratada fosse inadimplente -, mas somente quando comprovada a responsabilidade do ente público pela má escolha da empresa contratada (culpa *in eligendo*) ou pela má fiscalização do cumprimento do contrato (culpa *in vigilando*),²⁶⁴ o TST modificou a redação da súmula nº 331 em 24 de maio de 2011, adequando-se à posição do Supremo.

Assim, foi concedida nova redação ao item IV da súmula 331, retornando de forma praticamente idêntica ao texto original,²⁶⁵ e confirmando a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços da iniciativa privada pelo inadimplemento do empregador quanto às obrigações trabalhistas constituídas durante a terceirização de serviços. Foi ainda incluído o item V à súmula 331 do TST, com a seguinte redação:

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.

Como aduz Delgado, ao contratar empresa inidônea, ainda que por meio de licitação, o ente estatal comete culpa *in eligendo*; inobstante, ao mal fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais pela prestadora dos serviços, comete culpa *in vigilando*.²⁶⁶ Nessas hipóteses, será a administração subsidiariamente responsável quando constar da condenação.

Por fim, esclarecendo os limites da responsabilidade subsidiária instituída pelos itens IV e V da súmula 331, o TST incluiu ainda em maio de 2011 o item VI à súmula em comento, o qual dispõe:

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

Peluso, por maioria, 09.09.2011

²⁶⁴ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? Repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula nº 331 do TST. In **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 6/722, junho de 2012.

²⁶⁵ Súmula nº 331 do TST. Item IV: O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

²⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 434.

Essa posição do TST é aplicada para os casos da terceirização licitamente praticada por ente vinculado à administração pública. Contudo, nas hipóteses de terceirização ilícita, o TST tem ido além, reputando como solidária a responsabilidade pelos créditos devidos ao trabalhador terceirizado.

A responsabilidade solidária é conceituada no art. 264 do Código Civil: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. No caso, o terceirizado terá legitimidade para cobrar seus créditos tanto do tomador dos serviços quanto da empresa empregadora formal.

Destacamos os seguintes julgados do Tribunal Superior do Trabalho que reputam como solidária a responsabilidade da administração pública quando tomadora dos serviços em terceirização entendida como ilícita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE

1. Entidade da Administração Pública que contrata empresa interposta para a prestação de serviços relacionados à sua atividade-fim promove terceirização ilícita.
2. Uma vez que é juridicamente inviável o reconhecimento de vínculo empregatício com o ente público tomador dos serviços (art. 37, inciso II, da CF/88), responde ele solidariamente pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho havido entre o empregado e a empresa prestadora dos serviços, para a realização de atividades-fim. Incidência dos arts. 9º da CLT e 942 do Código Civil.
3. A constatação de fraude afasta a incidência da Súmula nº 331, IV e V, do TST, para efeito de responsabilidade meramente subsidiária, pois se cuida de hipótese diversa e muito mais grave que o mero inadimplemento contratual (...).²⁶⁷

O voto do relator, o Ministro João Oreste Dalazen, registra que o ato do administrador enseja a aplicação, na hipótese, do art. 942 do Código Civil, segundo o qual “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. Trata-se da responsabilidade solidária entre os causadores do ilícito. Na hipótese, tanto a empresa interposta quanto o tomador dos serviços na terceirização irregular foram responsáveis pelos prejuízos causados ao trabalhador, pelo que devem responder solidariamente pelos créditos devidos ao terceirizado.

²⁶⁷ Acórdão do processo nº ARR-598-34.2011.5.03.0074, TST, 4ª Turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen, 06.09.2013

O Ministro registra ainda que a responsabilidade meramente subsidiária, de que trata o item V da súmula nº 331 do TST, não é aplicável no caso da terceirização ilícita, face à maior gravidade da ilicitude praticada na hipótese.²⁶⁸

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ENTE PÚBLICO. EMPREGADA DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA SALARIAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 383 DA SBDI-1 DO TST. No caso dos autos, conforme expressamente consignado no acórdão regional, trata-se de terceirização ilícita, haja vista que a trabalhadora desenvolvia serviços inerentes à atividade-fim da Caixa Econômica Federal. Com efeito, a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes, conforme dispõe o artigo 265 do Código Civil. Em hipóteses como a dos autos, em que patente está a configuração de terceirização ilícita, a lei autoriza a responsabilização solidária. É que, conforme determina o disposto no artigo 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo e, de acordo com o inserto no artigo 942 do mesmo dispositivo legal, os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Ademais, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana da Administração Pública, nos casos de terceirização ilícita, decorre da sua conduta ilícita - prática de fraude - acerca da terceirização de atividade-fim, e não, simplesmente, do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Portanto, se as reclamadas praticaram fraude em relação à terceirização de serviços, não se aplica o disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 para afastar a responsabilidade subsidiária do ente público, de cuja incidência somente se pode razoavelmente cogitar quando há regularidade do contrato de prestação de serviços, o que, comprovadamente, não se verificou no caso dos autos, conforme expressamente registrado no acórdão regional (...). Agravo de instrumento desprovido.²⁶⁹

Nessa decisão, o voto do Ministro relator José Roberto Freire Pimenta destaca que, nas hipóteses de terceirização lícita, a responsabilidade da administração pública é meramente subsidiária porque sua responsabilidade pelo inadimplemento estende-se apenas ao fato de não ter fiscalizado o correto cumprimento do contrato pela empresa prestadora dos serviços, ou pela má escolha da parceria. Na hipótese de ilicitude, a responsabilidade pelo ilícito vai além, dada a atuação positiva do administrador. A própria existência da fraude remonta à sua conduta.²⁷⁰

²⁶⁸ Acórdão do processo nº ARR-598-34.2011.5.03.0074, TST, 4ª Turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen, 06.09.2013

²⁶⁹ Acórdão do processo nº AIRR-289-73.2010.5.09.0658, TST, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 15.02.2013

²⁷⁰ No mesmo sentido: Acórdão do processo nº RR-502585-22.2007.5.12.0047, TST, 5ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 01.03.2013; Acórdão do processo nº AIRR-1631-86.2010.5.15.0033, TST, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 26.04.2013; Acórdão do processo nº RR-13600-19.2005.5.06.0003, TST, 2ª Turma, Relator Ministro Renato Lacerda Paiva, 07.10.2011.

Assim, a posição do TST na hipótese da terceirização ilícita praticada pela administração pública tem sido no sentido de reputar a tomadora dos serviços como responsável solidária pelos créditos devidos ao trabalhador objeto da terceirização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se percebe pelas considerações aventadas acerca do problema alvo do presente estudo, ainda pairam consideráveis controvérsias no tema da regulação da terceirização trabalhista pelo Direito do Trabalho pátrio, notadamente pelos diversos vieses afetados pela sua prática – a gestão empresarial, a gestão da própria máquina administrativa estatal, o mercado de trabalho, a tutela do trabalhador enquanto polo hipossuficiente das relações trabalhistas, bem como os princípios da moralidade e da impessoalidade, sempre em voga quando envolvida a administração pública. A defesa de interesses diametralmente opostos acaba por gerar opiniões da mesma forma divergentes, característica que se acentua quando o tema tratado é ainda marcado por certa obscuridade em meio aos estudos jurídicos.

No caso do fenômeno da terceirização, como visto, muito dessa perplexidade que envolve o trato da matéria decorre das peculiaridades da prática em relação ao núcleo básico de estudos do Direito do Trabalho. Verifica-se na terceirização trabalhista modalidade de contratação de mão-de-obra com peculiaridades consideráveis que a afastam da clássica relação empregatícia regulada pela CLT. Essas características marcantes, somadas ao fato de ser a terceirização fenômeno recente no cotidiano justabalhista do país, faz com que o tema se caracterize como um amplo campo de estudo a ser explorado.

Vimos que a terceirização trabalhista nunca foi alvo de maiores esforços por parte do legislador no país, sendo matéria ainda tratada majoritariamente pela progressiva consolidação de posições jurisprudenciais acerca dos principais aspectos do fenômeno justabalhista. Quando surge em pauta o tema em epígrafe, são as súmulas nº 256 e nº 331, ambas do TST, as principais formas de regulação invocadas. Foi o Tribunal Superior do Trabalho quem apontou as principais diretrizes para a caracterização da licitude ou ilicitude da contratação mediante a terceirização, bem como a solução dos problemas jurídicos decorrentes da sua prática.

Demonstrou-se que uma das principais respostas jurídicas à ocorrência do fenômeno da terceirização ilícita encontradas e consolidadas pelo TST sofreu importante restrição após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Desde a consagração da regra da necessidade de prévia aprovação em concurso público para a investidura em emprego público pela Carta

de 1988, tornou-se inviável a solução formulada pelo TST para as hipóteses ilícitas de terceirização no âmbito da administração pública. Os Tribunais passaram a recusar a formação do vínculo empregatício entre o tomador dos serviços e o trabalhador terceirizado, por respeito ao dispositivo constitucional incidente e ao princípio da impessoalidade que ele visa a consagrar. A inaplicabilidade da regra do reconhecimento da relação de emprego e da consequente formação do vínculo às hipóteses envolvendo a administração pública foi confirmada pelo TST na súmula nº 331 de 1993, em seu item II.

Esse óbice à solução consagrada pelo TST gerou importante lacuna na regulação do tema. Tendo em vista os diferentes interesses envolvidos na hipótese, e os diferentes princípios jurídicos a demandar tutela, o Direito do Trabalho pátrio ainda não consagrou tratamento pacífico, padronizado, para a solução do problema em foco. Vêm a doutrina digladiando-se na defesa de posições diametralmente opostas, o que se reflete nas variadas posições encontradas na jurisprudência.

O problema centrado no presente trabalho pertine justamente à procura por uma solução jurídica mais adequada ao problema enfrentado, tendo o intuito de harmonizar na hipótese o respeito à regra constitucional e a tutela do trabalhador envolvido na prática fraudulenta, sem se olvidar de que tal solução deve desincentivar a repetição da prática ilícita e não pode beneficiar o agente do ilícito, já agraciado pela obtenção da força de trabalho do obreiro.

Conforme abordamos, as soluções mais extremadas ao problema acabam por ignorar aspectos fundamentais, que também demandam efetiva observação. Assim, a solução que entende como inviável o reconhecimento de qualquer diferença justrabalhista em benefício ao obreiro ilicitamente terceirizado, em face do óbice à formação do vínculo empregatício, parece não se comunicar com os princípios essenciais do Direito do Trabalho - e tal afastamento se dá em vários aspectos, como a prevalência da forma sobre a realidade fática (na qual, no modelo-problema em discussão, as características da relação de emprego estão todas presentes) e a lesão a direitos do trabalhador. Sob a ótica inversa, a solução que entende que deve ser reconhecido o vínculo empregatício do trabalhador ignora a expressa vedação constitucional, negando vigência ao principal diploma jurídico do ordenamento brasileiro.

Chega-se à conclusão de que a forma mais adequada de lidar com o problema da terceirização ilícita na administração pública não está em reconhecer o vínculo empregatício do empregado com a tomadora dos serviços, mas em estender a ele os direitos da categoria, na medida do possível, em que pese o óbice constitucional, pelo princípio da isonomia, do tratamento isonômico que é devido. Ora, não parece aceitável, por exemplo, remunerar de modo diferente dois funcionários que exercem as mesmas funções, em prol de uma entidade pública, unicamente porque apenas um dos dois é formalmente contratado, e o outro, terceirizado ilicitamente. O tratamento desigual causado pela terceirização, assim, deve ser afastado pela isonomia – sem que com isso haja uma violação à regra para a investidura em empregos públicos consagrada na Constituição.

A solução mais adequada e parcimoniosa ao problema, dado o conflito de interesses jurídicos que devem ser tutelados na hipótese, não está em privilegiar as formalidades exigidas para a contratação de mão-de-obra pelas entidades estatais, e tampouco em primar pelos direitos dos trabalhadores, mas sim em harmonizar ambas as questões, procurando-se um tratamento isonômico entre os obreiros sem afastar a norma constitucional que trata da forma de contratação da administração pública.

Tal resposta tem o condão de primar pela tutela do trabalhador; de afastar os efeitos nefastos da prática fraudulenta; de sancionar o agente do ilícito e coibir a prática da ilicitude. Nada obstante, não viola o princípio da impessoalidade na administração pública que o art. 37, inciso II, da Constituição visa a consagrar; não nega vigência à norma constitucional, e não coloca os interesses privados em relevância frente aos interesses públicos, pois a tutela do cidadão também deve ser foco da política do Estado Democrático de Direito. Conclui-se que a resposta ora comentada é a mais adequada ao problema dentre as hipóteses aventadas e abordadas no trabalho.

Feitas tais conclusões, é de se salientar que a matéria é de grande relevância, e inexistente até o momento uma concordância com a solução que deve ser dada ao problema. A própria jurisprudência não é pacífica, mas o TST tem tomado um rumo mais protetivo ao trabalhador em seu entendimento mais recente. Em que pese ser fundamental o respeito ao art. 37, II, da CF/88, os preceitos de tratamento igualitário previstos na própria Carta Magna e na CLT também têm relevância acentuada pelo Tribunal Superior, mormente o art. 5º, *caput*, e o art. 7º, inciso XXXII, da Constituição Federal, e o art. 460 da CLT.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

COSTA FILHO, Armando Casimiro. Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Súmula nº 331, IV e V, do TST – Suspensão de Processos no Âmbito do TST. [Editorial]. *In* **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 4/389, abril de 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A terceirização no serviço público. **Revista de Informação Legislativa**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176404/000506751.pdf?sequence=>>>. Acesso em 12 de novembro de 2014.

GARCIA, Flávio Amaral. A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>>. Acesso em 8 de novembro de 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização de Serviços: Responsabilidade do tomador, in **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Disponível em:

www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Maria_Pinto.pdf, acessado em 05 de abril de 2014.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1995.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Disponível em <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-17-2013-outubro-dezembro-de-2005/terceirizacao-na-administracao-publica-uma-pratica-inconstitucional>>. Acessado em 1º de novembro de 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Trabalho Descentralizado. A Terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista Latino Americana de Derecho Social**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/9/art/art6.pdf>>. Acessado em 12 de agosto de 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? Repercussões do julgamento da ADC nº 16 pelo STF na Súmula nº 331 do TST. In **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 76, nº 6/724, junho de 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VIANA, Marco Túlio. As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência, in **Nova competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2005.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Direito Administrativo – Teoria resumida**. São Paulo: Forense: Método, 2009.