

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

VLADIMIR MASCARENHAS DE SOUZA

**TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO:
Precarização dos direitos trabalhistas**

PORTO ALEGRE

2014

VLADIMIR MASCARENHAS DE SOUZA

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO:

Precarização dos direitos trabalhistas

Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Francisco Rossal de Araújo

PORTO ALEGRE

2014

VLADIMIR MASCARENHAS DE SOUZA

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO:

Precarização dos direitos trabalhistas

Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em ____ de Dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Orientador – Professor Mestre. Francisco Rossal de Araújo

Professor Doutor Ricardo Antônio Lucas Camargo

Professor Doutor Rodrigo Coimbra Santos

Dedico este trabalho aos meus pais, João e Lisete.

Meus exemplos de vida e espelho de caráter.

Agradeço ao Professor Francisco Rossal de Araújo, pela orientação na elaboração do presente trabalho.

Agradeço à Susana, pela compreensão e tolerância em relação à minha pouca disponibilidade, principalmente nestes últimos meses do curso.

O segredo dos que triunfam é ter sempre
o denodo de recomeçar.

RESUMO

O presente trabalho trata do fenômeno da terceirização de mão de obra em nosso país, passando pela observação de seus aspectos gerais e posteriormente particularizando para as implicações concernentes ao Serviço Público. Trata-se de tema bastante polêmico pelo fato de que o legislador pátrio ainda não se debruçou sobre esse tema na medida da real necessidade. A doutrina por sua vez tem tratado do tema mostrando principalmente os aspectos precarizantes a que são submetidos os trabalhadores. O presente estudo objetiva mostrar que desde os anos 1960, quando a terceirização iniciou-se em nosso país, as soluções jurídicas encontradas foram sempre de acomodação circunstancial, nunca contemplando a amplitude do problema, talvez entendendo tratar-se de questão menor. Crescente e a cada dia ganhando mais força no mundo dos fatos, a terceirização é compelida pela dinâmica das mudanças na economia mundial que refletem na alteração das formas de contratação de trabalhadores. Apesar da importância, o tema continua sem ser reconhecido adequadamente no mudo do Direito. Questão muito presente no cotidiano de muitas empresas privadas, a terceirização é ainda mais importante no segmento da Administração Pública, na medida em que inúmeras atividades, entendidas como atividade-meio do serviço público, são executadas através de trabalhadores recrutados por empresas terceirizadas em todo o país, nas três esferas de governo. Busca-se aqui salientar que a Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, tem tido um papel ativo como agente de precarização, na medida em que não atua adequadamente na fiscalização das obrigações das empresas fornecedoras de mão de obra, o que pode ser inferir pela quantidade de condenações que sofre por responsabilidade subsidiária na Justiça do Trabalho. Por fim busca-se chamar a atenção para a tendência atual do nosso legislativo de autorizar a ampliação da utilização de mão de obra terceirizada, o que implicará em maior precarização nos direitos dos trabalhadores.

Palavras-chave: Terceirização. Serviço Público. Precarização. Administração Pública. Súmula nº 331.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO - NOÇÕES GERAIS	13
1.1. CONCEITUAÇÃO.....	13
1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	15
1.3. A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL.....	22
1.3.1. Base legislativa da terceirização.....	26
1.3.2. Base jurisprudencial da terceirização.....	29
1.4. INFLUÊNCIA NO CAMPO DA ECONOMIA.....	30
1.5. A TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS.....	31
1.6. A TERCEIRIZAÇÃO FRENTE AO DIREITO DO TRABALHO.....	33
1.6.1. Normas aplicáveis à terceirização.....	34
1.6.2. Súmulas do TST aplicáveis à terceirização.....	36
1.6.2.1. A Súmula nº 239.....	37
1.6.2.2. A Súmula nº 256.....	38
1.6.2.3. A Súmula nº 257.....	42
1.6.2.4. A Súmula nº 331.....	44
1.6.2.5. A Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST.....	48
1.7. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA.....	49
1.7.1. Trabalho temporário.....	52
1.7.2. Serviços de vigilância.....	57
1.7.3. Atividades de conservação e limpeza.....	59
1.7.4. Normatização das cooperativas.....	61
2. TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO	64
2.1. CARACTERIZAÇÃO.....	64
2.2. NORMAS DE TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO.....	67
2.3. MODALIDADES ESPECIAIS.....	77
2.3.1. Licitação.....	77
2.3.2. Contratação temporária.....	79
2.3.3. Concessão e Permissão.....	80
2.4. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	82
2.5. RESPOSTA DA SÚMULA Nº 331 DO TST.....	86

2.6. PERSPECTIVAS FUTURAS.....	92
CONCLUSÕES.....	95
REFERÊNCIAS.....	97

INTRODUÇÃO

As mudanças econômicas ocorridas nas últimas décadas têm levado as empresas a procurar formas de serem mais competitivas no mercado. A globalização e os avanços tecnológicos, que proporcionam uma dinâmica muito maior nos mercados, determinam a necessidade de adequação daquelas empresas que querem continuar lucrativas. Uma das formas encontradas é tornar-se especialista em seu ramo de atuação, ou seja, ser o melhor naquilo que é a sua atividade principal, deixando para outras empresas as atividades que não sejam a atividade-fim. Dessa forma a empresa consegue se especializar, deixando as tarefas de menor importância para serem levadas a termo por empresas “terceirizadas”, conseguindo dessa maneira uma redução no seu custo de produção tornando-se mais competitiva. Tal delegação de tarefas veio a ser denominada no meio empresarial e trabalhista pelo neologismo que é o vocábulo “terceirização”.

A terceirização é hoje um fator relevante na sociedade brasileira quando se fala em mão de obra. Sua importância decorre do fato de que vem aumentando muito o número de empregados que trabalham de forma terceirizada, assim como o número de empresas atuando como fornecedoras de mão de obra terceirizada. Hoje inúmeras famílias têm como fonte de seu sustento o trabalho realizado sob o manto da terceirização. Este fenômeno tem importância não apenas no campo trabalhista, mas também na economia, na administração e no planejamento de estratégias de atuação, tanto de empresas públicas como privadas.

Apesar da importância econômica que o segmento da terceirização representa para os diversos aspectos da vida econômica do país, ainda não existe regulamentação legislativa específica para este tipo de contratação de mão de obra. Entretanto é grande e crescente o número de demandas judiciais envolvendo empregados de empresas prestadoras de serviço. E tais conflitos envolvem não apenas empresas privadas, mas também empresas públicas, empresas de economia mista, fundações, órgãos da administração direta e indireta, enfim todos os setores da sociedade. Há segundo alguns autores, uma forte tendência de precarização das relações trabalhistas na medida em que cresce a terceirização. Isto porque as empresas estão optando por terceirizar como forma de se desvincular

dos compromissos trabalhistas. Ao mesmo tempo, as vagas de trabalho surgidas com a terceirização têm via de regra um patamar salarial mais baixo. Ou seja, para realização de uma mesma tarefa o trabalhador passa a receber um salário inferior, e no mais das vezes, sem os benefícios que só grandes empresas poderiam proporcionar. Some-se a isso o fato de que as empresas prestadoras de serviço, responsáveis pelo pagamento dos salários e demais verbas trabalhistas junto ao empregado terceirizado, tendem a descumprir tais compromissos, optando em muitos casos por adimplí-los apenas quando o empregado resolve buscar seus direitos no judiciário.

Hoje no país, segundo informa o SINDEPRESTEM, Sindicato das Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros, Colocação e Administração de Mão De obra e de Trabalho Temporário no Estado de São Paulo, o número de empregados terceirizados chega a 10,5 milhões, o que corresponde a 23,9 % dos empregados com carteira assinada no país. O Ministério Público do Trabalho traz a informação de oito milhões de trabalhadores terceirizados e 31 mil empresas terceirizadas. Qualquer destas medidas demonstra a importância do assunto do ponto de vista trabalhista. A quantidade de litígios que surgem em função de descumprimento de acordos com esta quantidade de pessoas e empresas, faz com que a terceirização de mão de obra seja um dos principais motivadores para a busca pela atividade jurisdicional no âmbito trabalhista. A ausência de legislação específica para a terceirização fez com que a matéria fosse objeto de apreciação pelo Tribunal Superior do Trabalho, primeiro pela Súmula nº 256 e posteriormente pela Súmula nº 331.

Reconhecida hoje como um fator inarredável para o crescimento econômico, a terceirização não tem tido por parte do legislador a atenção que merece. Quando se leva em consideração que quase a quarta parte dos trabalhadores com carteira assinada no Brasil é constituída de trabalhadores terceirizados, tem-se uma dimensão do impacto social que isto pode representar com repercussão no desenvolvimento do país.

O tema se mostra ainda mais importante, quando se refere à terceirização que é realizada no âmbito da Administração Pública direta e indireta. Pode-se verificar que a Administração Pública é certamente o maior cliente de empresas

fornecedoras de mão de obra. Isto se reflete em um grande número de casos onde a Administração Pública é levada a responder judicialmente como tomadora de mão de obra terceirizada.

Entretanto, com o novo texto da Súmula nº 331, a responsabilidade da Administração Pública por créditos trabalhistas inadimplidos é praticamente inexistente. Com isto resolveu-se o problema da responsabilidade da Administração Pública, mas deixou-se o trabalhador ao sabor dos acontecimentos. Como consequência, o trabalhador, que é o hipossuficiente nesta relação trilateral, fica sem ter a quem recorrer, quando a empresa que o contratou não cumpre com os compromissos trabalhistas mesmo sendo acionada judicialmente.

O presente estudo divide-se em duas partes. Na primeira parte será feita uma abordagem geral do assunto terceirização, desde o seu surgimento, o tratamento dado pelo legislador pátrio e sua disseminação no mercado de trabalho brasileiro.

Na segunda parte será feito estudo voltado para a terceirização no setor público, procurando mostrar os aspectos negativos para o trabalhador cujos, direitos são cada vez mais precarizados na medida em que as empresas terceirizadas não cumprem suas obrigações trabalhistas e a responsabilidade da Administração Pública é limitada em função de entendimento sumulado pelo TST.

Por fim se fará uma abordagem sintética das perspectivas para o futuro considerando o impulso terceirizante presente na sociedade, como mostra o nosso Poder Legislativo onde tramita o PL nº 4.330.

1 O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO – NOÇÕES GERAIS

1.1 CONCEITUAÇÃO

Para falar-se de terceirização de mão de obra é necessário primeiramente tratar-se de definir o conceito de terceirização. Este vocábulo é um neologismo derivado da palavra terceiro, aqui entendido como intermediário em uma já existente relação bilateral, o qual passou a ser utilizado há poucas décadas em nosso idioma com esta significação. Alguns dicionários com edições anteriores a 1990 nem mesmo o mencionam este vocábulo com tal acepção. Mais recentemente o Dicionário Aurélio, em sua edição de 1999, traz o verbo “terceirizar”, com o seguinte significado: “transferir a terceiro atividade ou departamento que não faz parte de sua linha principal de atuação”. Já no dicionário Michaelis encontra-se a definição para o verbo terceirizar, curiosamente complementada por uma descrição, que na prática foi a forma inicial da terceirização: “vtd Delegar, a trabalhadores não pertencentes ao quadro de funcionários de uma empresa, funções exercidas anteriormente por empregados dessa mesma empresa. Muitas vezes, a pessoa terceirizada é um ex-funcionário, que se demite ou é demitido para exercer a mesma função de quando estava empregado.”¹ De forma simplificada pode-se dizer que terceirizar é portanto, repassar a terceiros uma atividade laboral. Este tem sido o entendimento predominante, tanto no meio empresarial quanto no justtrabalhismo.

Também se encontram atualmente outros termos sendo utilizados referindo-se à contratação de terceiros para a execução de tarefas que não sejam da atividade principal da empresa, tais como: subcontratação, desverticalização, horizontalização, entre outros. Todos, entretanto tratam sobre a inserção de um terceiro na antiga relação justtrabalhista onde anteriormente figuravam duas pessoas: empregador e empregado. Essa terceira pessoa é o trabalhador “terceirizado”. As empresas de terceirização ou “terceirizadas” têm a finalidade de realizar tarefas que não correspondam à atividade principal da empresa tomadora dos serviços, ou seja, as atividades definidas como “atividade-meio”. Passa a surgir

¹ Dicionário Michaelis de Português Online - Significado de "terceirizar". Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=terceirizar>>. Acessado em: 12 out. 2014

assim uma nova forma de relação trabalhista trilateral, onde se tem o empregado, a empresa tomadora do serviço e a empresa prestadora de serviço.

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

A terceirização apareceu ao longo do tempo em diferentes modalidades de contratação no mercado de trabalho, tais como a subcontratação, o trabalho temporário, trabalho por empreitada, cooperativas de mão de obra e empresas de terceirização propriamente ditas.² Em todas estas modalidades tem-se a presença de uma relação trilateral envolvendo o trabalhador, o tomador de serviços e o prestador de serviços, mas com diferenças importantes na forma da subordinação, na responsabilidade pela administração, etc.

A terceirização é um fenômeno recente em termos jurídicos, tanto que até agora não foi definida em lei, embora muitos casos concretos, a ela relacionados, terminem indo a juízo levados principalmente pelos empregados terceirizados na busca por seus direitos. Sua conceituação, portanto passa pela forma prática com vem sendo utilizada no campo empresarial, havendo na doutrina diversos conceitos. Para Sérgio Pinto Martins³ o conceito de terceirização consiste na “[...] possibilidade de contratar para realização de atividades que não constituem objeto principal da empresa [...]”. Por sua vez, Delgado⁴ diz que “Para o direito do trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente.”. A terceirização é uma relação triangular envolvendo a empresa tomadora de serviços, a empresa prestadora e o

² ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 405.

³ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 436.

trabalhador terceirizado. É importante ter em conta que, apesar de se tratar de uma relação trilateral, o aspecto formal, ou seja, o contrato de trabalho propriamente dito, continua sendo uma relação bilateral entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços.⁵

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O trabalho é parte integrante da vida humana desde que o homem começou a andar na face da terra. Inicialmente ele trabalhava utilizando-se de sua própria força braçal para satisfazer suas próprias necessidades básicas: obtenção de alimento, confecção de roupas, confecção de ferramentas, construção de abrigo como forma de proteger-se de animais selvagens e elementos da natureza.

O passo seguinte na evolução se deu quando os homens começaram a viver em grupos, pois perceberam que dessa forma tornavam-se mais fáceis tanto as tarefas básicas de subsistência como a defesa contra os perigos oriundos da natureza, ou mesmo de conflitos com outros grupos rivais na disputa por recursos. Surgiu a necessidade de organizarem-se em relação à divisão daquelas tarefas. Surgem então agrupamentos humanos que constituíam as primeiras sociedades.

É sabido que desde tempos imemoriais a humanidade convive com o problema das interações entre dois personagens: um que executa determinada tarefa e outro que precisa da tarefa realizada e não pode ou não quer por si mesmo realizá-la. A exploração do homem pelo homem no campo do trabalho vem de longa data.

Desde o surgimento das primeiras sociedades humanas diversas mudanças ocorreram na forma como os povos se organizam em relação ao trabalho. Primeiramente houve a fase do escambo, com trocas de bens entre os interessados, incluindo-se nesse caso também a realização de tarefas laborais.

Em outro momento histórico observa-se o surgimento do trabalho realizado por mão de obra escrava. Os povos mais fortes, do ponto de vista bélico, escravizavam os mais fracos com o objetivo de utilizarem-se desta mão de obra

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

disponível para realizar as tarefas penosas. Esta prática prevaleceu desde a antiguidade até a Idade Moderna, tendo seu auge na época das Grandes Navegações, quando Espanha, França, Holanda e Portugal capturavam negros da África para servirem de mão de obra em suas colônias.

O próximo passo importante na história do trabalho ocorreu com o feudalismo, onde havia o senhor feudal que era dono tanto dos meios de produção, como ferramentas e sementes, além de ser também proprietário da terra. Ele então utilizava a mão de obra de seus vassalos como energia produtiva para a produção e acumulação de riqueza. Oferecia em troca uma pequena parcela da produção, geralmente o suficiente para a subsistência, enquanto ficava com a maior parte.

Posteriormente com a decadência dos feudos e o crescimento do comércio e da urbanização surgiram os burgos, onde os trabalhadores dedicavam-se à produção artesanal levada a efeito pelos artesãos mestres. Tal produção era trocada por outros produtos em outros burgos. Este meio de organização do trabalho levou ao surgimento das Corporações de Ofício, que fortalecidas impulsionaram a ascensão da burguesia ao final da Idade Média.

Com a ascensão da burguesia e do liberalismo econômico impulsionado pela primeira Revolução Industrial, o trabalhador (o artesão), que até então detinha a os conhecimentos técnicos para execução da atividade laboral, de cunho eminentemente manual, foi substituído pela atividade industrial, onde o conhecimento intelectual do artesão já não tem valor algum diante do mecanicismo infalível da tecnologia.

Neste novo cenário de uma sociedade impulsionada pela industrialização crescente, surgem os primeiros esboços de um capitalismo competitivo, onde o que importa é produzir cada vez mais, buscando paralelamente uma redução de custos como forma de ganhar em competitividade. Em todas as fases da existência humana sempre existiu a troca da força de trabalho do homem por algum bem de que necessitasse. Mas foi com advento do capitalismo que tal mecanismo tornou-se lucrativo.⁶

⁶ LISOT, Maria Helena. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região – Nº 8 – 2014*. Porto Alegre: HS, 2014. p. 8.

Com a primeira Revolução Industrial, mudanças ocorreram nas relações entre o capital e o trabalho. Os industriais passaram a dominar a economia em detrimento das Corporações de Ofício e seus artesãos. Estes ficaram sem ter outra opção de trabalho, sendo na prática compelidos a entregar sua mão de obra às indústrias em troca de um salário. O conhecimento que eles detinham e que era sua maior riqueza, já não tinha mais valor, pois qualquer pessoa com um pouco de treinamento poderia operar as máquinas que agora eram as responsáveis pela produção dos bens de que a sociedade precisava. É a ascensão do modelo capitalista, caracterizado pela exploração do trabalho assalariado como forma de acumulação de riqueza. Predominavam as jornadas extenuantes e os baixos salários, sem que houvesse qualquer preocupação com aspectos sociais. “A força de trabalho transforma-se em mercadoria e o processo de trabalho em ferramenta de perpetuação da subserviência do trabalhador aos desejos capitalistas [...]”⁷

Diferentemente do que ocorria nas Corporações de Ofício, o trabalhador agora não detém os meios de produção ficando a mercê dos detentores do capital. O industrial, proprietário dos meios de produção, força a eliminação da produção de cunho artesanal de manufaturados substituindo-a pela produção industrial de larga escala, propiciando maior acúmulo de riquezas em detrimento do valor dos salários, trazendo ainda como complemento jornadas de trabalho extenuantes e condições degradantes. Para os industriais, o atingimento de um melhor desempenho do ponto de vista mercadológico passou a ser uma questão de gestão de custos, sendo a mão de obra assalariada um dos principais. Além disso os salários podiam ser facilmente determinados pelas empresas, sem que o trabalhador pudesse protestar de forma efetiva.⁸

Durante a maior parte do século XX a economia baseou-se na atividade industrial onde predominou o modelo de gestão introduzido por Henry Ford, com base nos estudos de administração científica realizados por Frederick Winslow Taylor. Ele foi o primeiro a desenvolver estudos objetivando o gerenciamento científico da força de trabalho. Segundo seus estudos, o gerenciamento da mão de obra na indústria deve planejar e controlar o tempo gasto em cada atividade. A ideia

⁷ GOÉS, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 33.

⁸ *Ibidem*, p. 34.

central era buscar as oportunidades de incremento de produtividade pela redução do tempo gasto para a execução de cada tarefa integrante do processo produtivo. Tais estudos deram início à Escola taylorista de Administração.

Henry Ford adotou as ideias de Taylor de uma metodologia científica de trabalho em conjunto com a concessão de alguns benefícios para os trabalhadores. Era o chamado fordismo/taylorismo. Tal modelo se prestou tanto para os industriais, detentores dos meios de produção como também para os trabalhadores. Estes passaram a ser beneficiados pelo “Estado de bem estar social”. Trata-se da ideologia de administração estabelecida pelo então presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Delano Roosevelt, a qual teve por base as teorias econômicas de John Maynard Keynes, pai do keynesianismo. Este modelo trouxe grandes avanços tanto no campo econômico como no aspecto social. Houve simultaneamente um grande crescimento econômico e a inclusão da classe trabalhadora americana. Assim permaneceu até a década de setenta, quando a crise petrolífera precipitou a sua extenuação, que também foi certamente intensificada pela então crescente revolução tecnológica, com o desenvolvimento acelerado da informática e da microeletrônica, também conhecida como Terceira Revolução Industrial.

A decadência do fordismo está associada à revolução tecnológica (ou Terceira Revolução Industrial) mediante o desenvolvimento da tecnologia informática, microeletrônica, telecomunicações, que encurtaram distâncias e baratearam a lógica produtiva de acumulação de capital, em um mercado global de alta competitividade, controlado por medidas políticas e econômicas de caráter neoliberal, na qual o trabalho perde importância e dá lugar ao protagonismo do capital-financeiro- especulativo de ordem global⁹

A decadência do modelo de gestão fordista levou o seguimento industrial a adotar o modelo toyotista de produção, assim chamado por ter surgido pela primeira vez na indústria japonesa Toyota. Este sistema de produção/gestão foi desenvolvido pelo engenheiro Taiichi Ohno, após a Segunda Guerra Mundial, quando o Japão mergulhou em uma crise econômica de graves proporções, com escassez de mão de obra e matéria-prima. Uma das premissas básicas deste sistema é a troca do

⁹ GÓES, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 51 e 52.

esquema de produção verticalizada, que fora introduzido por Henry Ford, pela horizontalização.

No modelo fordista a empresa fabricava todos os componentes de um automóvel. Além do motor, componentes da carroceria, pneus, vidros, estofamento, parte elétrica, tudo enfim era fabricado dentro da fábrica da Ford. Desse modo, a indústria tinha que administrar um a série de etapas produtivas até poder entregar o produto finalizado para comercialização. Tal processo mostrou-se inviável diante das mudanças econômicas do pós-guerra.

O toyotismo trouxe uma nova forma de produção industrial. Ao invés de a indústria fabricar o produto integralmente, como era feito pela Ford, neste novo modelo de gestão a empresa opera focada na sua atividade principal, delegando suas atividades acessórias e complementares a outras empresas, que operam sob subcontratação, para a produção de determinados bens ou serviços. Trata-se de etapas produtivas que, embora tenham relação com o produto final, não constituem parte essencial do negócio da empresa. Este é provavelmente o primeiro movimento que ocasionou o surgimento do fenômeno da terceirização.

As mudanças ocasionadas pela crise do petróleo em paralelo na década de setenta serviram de catalisador para o surgimento do modelo de Estado Neoliberal, que pregava o fim da intervenção do Estado na Economia e total liberdade para o Mercado. Com o desenvolvimento da ideia do Estado neoliberal, caiu por terra a bandeira do Estado de Bem-Estar Social.

A vanguarda do neoliberalismo foi protagonizada pelos Estados Unidos da América e pela Inglaterra, através de seus líderes políticos, Ronald Reagan e Margareth Thatcher, os quais pregavam o fim do intervencionismo do Estado na Economia e nas questões sociais. Cabe aqui ressaltar alguns dos objetivos principais então buscados pelo governo inglês liderado por Thatcher:

[...] 1) privatização de praticamente tudo o que havia sido mantido sob controle estatal;

2) redução e até mesmo a extinção do capital privado estatal;

3) desenvolvimento de uma legislação fortemente desregulamentadora das condições de trabalho e flexibilizadora dos direitos sociais;

4) a aprovação, pelo Parlamento Conservador, de um conjunto de atos fortemente coibidores da atuação sindical, visando destruir a forte base fabril dos shop stewards até as formas mais estabelecidas do

contratualismo entre capital, trabalho e Estado, expresso, por exemplo, nas negociações coletivas. (grifos acrescidos)¹⁰

Vê-se que a partir da ideologia neoliberal teve início o movimento de desregulamentação e flexibilização das relações trabalhistas na Inglaterra e nos Estados Unidos. Tais ideias se propagaram pelo mundo, levando as sociedades dos diversos países a adotarem, em maior ou menor medida, ações voltadas para flexibilização das relações trabalhistas. Com o implemento destas ações, observou-se grande crescimento das empresas e da economia em nível global, em detrimento da precarização dos direitos dos trabalhadores.

A terceirização do trabalho não é um fenômeno recente. Sabe-se de institutos como a locação de mão de obra e subcontratação presentes já no Direito Romano. A maioria da doutrina aponta a *marchandage* como sendo o antecedente histórico da terceirização. Trata-se de “[...] um tipo de subempreitada, sendo assim chamada quando visa exclusivamente a lucrar em face do trabalho alheio”.¹¹

Segundo Martins, a noção de terceirização no Brasil foi introduzida por empresas multinacionais por volta de 1950, citando como exemplo a indústria automobilística, onde era usual a contratação da prestação de serviços de terceiros na produção de componentes para os automóveis, que posteriormente eram reunidos na fábrica para a montagem dos veículos.¹² Vê-se aqui o início do toyotismo no Brasil e o surgimento de uma das formas de terceirização embora naquele momento este modelo de gestão não fosse designado dessa forma. A coexistência da fábrica de automóveis em conjunto com empresas satélites era visto então como o modelo adequado de gestão da produção na indústria automobilística.

Para Delgado, a terceirização é fenômeno recente no Direito do Trabalho do país, tendo assumido maior importância apenas nos últimos trinta anos do século XX, pois antes disso não tinha abrangência que merecesse atenção.¹³

¹⁰ ANTUNES *apud* GOÉS, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 40.

¹¹ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 403.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 437.

Com o tempo, diversos dispositivos normativos trataram, ainda que de forma fragmentada, da atividade laboral terceirizada. Todas estas positivamente ocorreram em atendimento de circunstâncias específicas de exigência mercadológica daqueles momentos particulares. Não são, entretanto, normas que se possa consolidar para formar um instrumento único que regule a terceirização como um todo.

Em 1964 editou-se a Lei nº 4.594, a qual trata da regulamentação da profissão de corretor de seguros. Essa lei cria uma atividade terceirizada na medida em que proíbe a venda direta de apólice de seguros pela empresa seguradora, o que deve ser feito necessariamente pelo corretor de seguros. Em 1966 editaram-se dois decretos-leis permitindo aos bancos a utilização de serviços de segurança prestados por empresas especializadas neste serviço, chamadas de empresas de segurança bancária. A seguir, por volta de 1967, mais um movimento na direção da terceirização foi dado dessa vez pelas empresas de conservação e limpeza. Em 1968, novo decreto regulamentou o funcionamento de empresas de colocação e intermediação de mão de obra, como forma de legalizar o que já era cotidiano na prática. Em 1974, promulgou-se a Lei nº 6.019, que veio reorganizar o segmento do trabalho temporário. Por fim em 1983 promulgou-se a Lei nº 7.102, a qual veio revogar o Decreto-lei nº 1.034, objetivando reorganizar a realização da segurança de estabelecimentos financeiros e de transporte de valores por empresas terceirizadas.¹⁴

Ao longo dos anos os conflitos gerados pela terceirização, em sua maior parte pelo questionamento da formação de vínculo empregatício com a empresa tomadora de serviços, levavam a uma reiterada prática interpretativa por parte dos operadores do direito em decorrência das lacunas das normas então vigentes. Tal atividade interpretativa resultou na formação de expressiva jurisprudência, a qual deu origem aos enunciados de súmulas do TST, as quais serão abordadas adiante neste estudo.

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3 e 4.

1.3 A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

No Brasil a terceirização surgiu tardiamente, quando se compara com a Europa, Ásia e Estados Unidos. Foi trazida para o nosso país por volta de 1950, pela indústria automobilística, que já naquela época terceirizava a fabricação de componentes dos veículos, realizando posteriormente a montagem final.¹⁵ Também é relativamente um fenômeno recente do ponto de vista do Direito do Trabalho, onde só passou a ter dimensão representativa a partir da década de 70.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que data de 1943, positivou em seu texto, mais precisamente em seus artigos 2º e 3º, as definições do que é entendido na lei respectivamente como empregador e empregado. O legislador pátrio não contemplava na época o surgimento da figura da contratação por pessoa interposta. A relação de emprego somente visualizava a constituição de um negócio jurídico bilateral, ou seja, com duas partes, sendo uma o capitalista industrial, que dispunha do capital e dos meios de produção e a outra o trabalhador, cuja moeda de troca é a sua força braçal, entregue durante um número previamente combinado de horas diárias.

A CLT faz menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra as quais apresentam a circunstância do trabalhador prestar um serviço a uma pessoa sendo remunerada e comandada por outra: a empreitada e a subempreitada (art. 652, “a”, III, CLT), isto porque, como se sabe, à época em que foi elaborada a CLT, na década de 1940, a terceirização não tinha a representatividade que passou a ter posteriormente. Afora estas incipientes menções, não surgiu nenhuma outra que desse destaque à terceirização nas primeiras décadas do justtrabalhismo brasileiro. Apesar das mudanças iniciadas na economia e no modelo de gestão industrial do pós-guerra, no Brasil, por ser país de industrialização tardia, o modelo básico de organização da produção manteve-se fundado no vínculo empregador-empregado.

No Direito do Trabalho a regra é que os contratos de trabalho sejam realizados com prazo indeterminado. Entretanto, antes do advento do FGTS, as reparações oriundas deste tipo de contrato eram em bem maiores do que aquelas

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2.

relativas aos contratos a termo, crescendo proporcionalmente ao tempo de serviço prestado.

Com isso passou a ocorrer um abuso na utilização dos contratos a termo, em franco prejuízo ao trabalhador. Com o intuito de restringir tais abusos, editou-se o Decreto-lei nº 229, de 1967, o qual permitiu o contrato a termo apenas para os casos em que o objeto do contrato estivesse precisamente delimitado no tempo.¹⁶

A restrição do uso abusivo do contrato de trabalho a termo determinou a multiplicação de empresas voltadas para o fornecimento de mão de obra a outras empresas tanto para atividade permanente quanto temporária. Tal intervenção era levada a efeito tanto com contrato de locação de serviços como por contrato de empreitada.

A utilização do sistema de locação de pessoal disseminou-se de forma tão rápida que São Paulo chegou a ter 10 mil empresas fazendo uso deste expediente.¹⁷

É a partir dos últimos anos da década de 1960 que a ordem jurídica passou a ocupar-se da terceirização, embora o foco nessa época fosse apenas o segmento estatal do mercado de trabalho, na Administração Pública direta e indireta. Tal normatização adveio com o Decreto-lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70.¹⁸

Também nessa época o segmento privado da economia passou a adotar de forma cada vez mais agressiva, práticas terceirizantes para a flexibilização da contratação da força de trabalho, embora ainda não existisse nenhum texto legal normatizando esta prática. Isto ocorreu inicialmente nos seguimentos de conservação e limpeza. Só em 1974 foi publicada a primeira lei voltada para o segmento privado da economia, mais especificamente para o trabalho temporário. Tratava-se da Lei nº 6.019/74.¹⁹

Em meados dos anos 80 ocorreu uma segunda fase da terceirização com o surgimento e aplicação de novas técnicas gerenciais e novas formas de organização empresarial, utilizando novas tecnologias de automação e programas de qualidade total. A terceira fase nos anos 1990, como consequência da globalização, com maior

¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 416.

¹⁷ ALMEIDA *apud* BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 416.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 437.

¹⁹ DELGADO, loc. Cit.

abertura da economia internacional e a utilização de novas estratégias de atuação no mercado.²⁰

Mais recentemente, a partir dos anos 90, vê-se que também aqui no Brasil ocorreram profundas mudanças no modelo de administração da produção industrial, fruto da influência da globalização econômica, da maior abertura ao mercado econômico internacional e do desenvolvimento tecnológico, principalmente voltado para o segmento de telecomunicações e informática, que tornaram o cenário econômico muito mais competitivo. Por isso é cada vez maior o número de empresas e empregados no setor da terceirização, ainda com tendência de crescimento. Tal crescimento preocupa alguns seguimentos da sociedade por conta do aumento da precarização das relações trabalhistas, com redução dos direitos dos trabalhadores. Uma das instituições preocupadas com o avanço da terceirização é o Ministério Público do Trabalho. Em dezembro de 2012, o MPT promoveu um fórum em São Paulo para discutir a questão, com a participação de acadêmicos, juízes e demais atores da sociedade civil envolvidos com questões relacionadas à segurança e saúde do trabalho. Neste fórum o Procurador-Geral do Trabalho, Luís Antônio Camargo de Melo afirmou que “os trabalhadores sofrem uma ofensiva do empresariado, que tem seus representantes no poder legislativo, temos algumas propostas tramitando no Congresso Nacional que tem por objetivo retirar direitos garantidos na constituição. Uma delas é aquela que pretende definir e regular por lei a terceirização”. Disse referindo-se ao projeto de Lei nº 4330 de 2004, do deputado Sandro Mabel, que na opinião de boa parte da doutrina e de várias instituições de defesa dos trabalhadores, trata-se de um ataque frontal aos direitos dos trabalhadores, pois propõe que não haja limites para a terceirização, podendo ser utilizada inclusive para as atividades-fim, algo que hoje é proibido.

Ressaltam Viana, Delgado e Amorim que a terceirização afeta as fontes do Direito do Trabalho, pois dificulta a criação de normas protetivas, facilita a edição de

²⁰ OKIMURA, Érica Yumi. OLIVEIRA, Nancy Mahra de Medeiros Nicolas. *TERCEIRIZAÇÃO: ASPECTOS DA PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO FORMAL DE EMPREGO E ENFOQUES SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.*

Disponível em:

<http://www.editoramagister.com/doutrina_22726460_TERCEIRIZACAO_ASPECTOS_DA_PRECARI_Z> Acessado em: 29 set. 2014.

normas precarizantes e enfraquece as relações, debilitando cada artigo da CLT. Os terceirizados de hoje são os efetivos de ontem.²¹

Constata-se com facilidade a prática da terceirização nas demandas judiciais. Antes eram comuns os contratos longos com um mesmo empregador. Atualmente o predomínio é de contratos curtos para várias empresas terceirizadas, mas para uma mesma empresa tomadora. Aquele que era empregado direto passou a ser empregado terceirizado, com redução de salários, benefícios e garantias. O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custo, mas também trazer competitividade para vencer no mercado. Os empresários buscam a diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários. Há notícias de que para cada emprego direto perdido nas empresas tomadoras, ocorre a criação de três novos empregos nas empresas terceirizadas.²²

Tanto no segmento industrial como no comercial, empresários passaram a contar com a mão de obra contratada através de outras empresas, de pequeno porte, com o intuito de escapar de obrigações trabalhistas. A fraude se configurava quando a fornecedora de mão de obra era acionada e constatava-se que havia desaparecido.

A terceirização aumenta a precarização do trabalho humano porque ocorre uma redução dos salários e benefícios legais. Além disso, ocorrem ainda outras perdas para os trabalhadores, tais como: rotatividade dos trabalhadores, ausência de ascensão na carreira, falta de apoio sindical e aumento do risco de acidentes em decorrência do descumprimento de normas de segurança.

²¹ VIANA, Marco Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM Helder Santos. *Terceirização – Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques*. Revista do TST, Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 77, n. 1, 57, jan.-mar. 2011.

²² MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

1.3.1 Base legislativa da terceirização

Não há no ordenamento pátrio uma legislação adequada para tutelar as questões da terceirização. Entretanto, ao longo do tempo foram surgindo diplomas normativos destinados à regulamentar as relações surgidas sob circunstâncias específicas, as quais embora ainda não recebessem aquela denominação, já traziam em seu conteúdo o embrião da terceirização.

As normas aplicáveis à terceirização estão dispersas em distintas hierarquias normativas como normas constitucionais, infraconstitucionais e regulamentos. Os diversos modelos de terceirização (empreitada, prestação de serviços, contrato por obra certa, cooperativa, terceirização no serviço público e condomínios) foram sendo contemplados por diferentes institutos jurídicos com a finalidade de compatibilizá-los juridicamente ao ordenamento pátrio.²³

A seguir examinam-se de forma breve alguns dos principais dispositivos legais direcionados para a terceirização de mão de obra, os quais embora não constituam uma normatização completa, regulam áreas específicas da atividade laboral, e serão vistos de forma mais detalhada adiante neste trabalho.

Conforme Delgado²⁴, descontando as poucas referências sobre empreitada que constam na CLT, as primeiras normas a tratarem de terceirização, embora não com esse nome, ocorreram no segmento estatal com a edição do Decreto-lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Esse Decreto-lei teve como escopo a reforma administrativa da Administração Federal. Buscava descentralizar atividades e estabelecia diretrizes para a contratação de empresas prestadoras de serviços. Com este Decreto-lei inaugurou-se no país a terceirização na forma positivada, embora apenas voltada para a Administração Federal e para atividades de cunho operacional.

Posteriormente ocorreu a publicação da Lei nº 5645, de 10 de dezembro de 1970, cujo objetivo foi estabelecer uma classificação de cargos do Serviço Civil da

²³ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 405.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 439.

União e das autarquias federais. Esta lei determinava de forma inequívoca as atividades laborais que seriam “objeto de execução indireta mediante contrato”.

A Lei nº 5.845 de 6 de dezembro de 1972, tinha por finalidade a redução das despesas com a contratação de prestadoras de serviços que à época cresciam de forma descontrolada.

Ainda voltado para a redução de despesas, editou-se em 28 de dezembro de 1981 o Decreto nº 86.795, dispondo sobre a realização de despesas de pessoal.²⁵ Este decreto basicamente proibia a realização de novos contratos com empresas prestadoras de serviços, guardadas algumas exceções relativas à manutenção da estrutura organizacional já existente.

É importante salientar que as normas até aqui verificadas só diziam respeito à Administração Pública. O segmento privado do mercado de trabalho não havia sido até então contemplado pelo legislador, com exceção da Lei nº 4.594, de 29 de dezembro de 1964, a qual regula a profissão de corretor de seguros. Esta lei autorizava um tipo específico de terceirização, na medida em que tornava obrigatória a intermediação de um corretor de seguros para que fosse realizada a contratação de um seguro. Desse modo era lícito haver corretores de seguro autônomos, embora também existissem aqueles que eram empregados de empresas ditas corretoras de seguros.

Além disso, ainda no campo privado, foram publicados os Decretos-leis nºs 1.212, 1.216, de 1966, os quais autorizavam os bancos a utilizarem serviços de segurança realizados por empresas privadas e o Decreto-lei nº 62.756, de 22 de maio de 1968, que estabelecia as regras de operação das agências de intermediação de mão de obra, tornando lícito o que já era bastante comum no mercado de trabalho.

Mais adiante, em 21 de outubro de 1969 editou-se o Decreto-lei nº 1.034, o qual versava sobre medidas a serem adotadas pela instituições financeiras no que tange a segurança, onde já era dado a entender a possibilidade de contratação de terceiros para a vigilância ostensiva.²⁶

²⁵ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 424.

²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.2.

Posteriormente nos anos 90, voltou-se novamente a atenção do legislador para a terceirização dos serviços públicos através dos diplomas legislativos que destacam-se a seguir.

Primeiramente editou-se a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Esta lei tratou da regulamentação das ações de serviços públicos de saúde. Visava permitir a terceirização de tais serviços, regulamentando a determinação do artigo 198 da Constituição Federal.

Em 1993 editou-se a Lei nº 8.666, de 21 de junho. Esta lei veio regulamentar o artigo 37 da Constituição Federal, instituindo normas para todas as compras, contratações, realização de obras e serviços e quaisquer contratação de terceiros com a Administração Pública direta e indireta.

Outro instrumento legislativo de terceirização no serviço público foi a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Esta visa autorizar a administração pública a contratar pessoal por tempo determinado para o atendimento de necessidades excepcionais sem realização de concurso público.

O quarto e último movimento dos anos 90 objetivando a regulamentação da terceirização no serviço público ocorreu com a edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Essa lei tem por objetivo a regulamentação do artigo 175 da Constituição Federal através da terceirização de serviços públicos nas modalidades de concessão e permissão.

Note-se que em todos os dispositivos acima verificados, o legislador tratou de definir expressamente quais as atividades poderiam ser terceirizadas. Com isto, ainda que de forma não exaustiva, estabeleceu quais seriam as atividades-meio da administração pública.

No que diz respeito à iniciativa privada, o legislador não foi muito produtivo na produção de leis visando a regulamentação de contratação de mão de obra terceirizada. Como exceções têm-se as Leis nºs 6.019/74 e 7.102/83, que tratam respectivamente do trabalho temporário e dos serviços de vigilância (as quais não dizem respeito ao serviço público exclusivamente), além de dispositivos esparsos tratando de cooperativas de mão de obra.

1.3.2 Base jurisprudencial da terceirização

Desde a década de 1970 a jurisprudência tem se defrontado com o assunto da terceirização de mão de obra. Entretanto, o fato de haver uma lacuna legislativa em torno do tema, fez com que na prática acontecesse uma intensa atividade hermenêutica pela jurisprudência, buscando internalizar ao universo jurídico do país a figura, então já bastante presente na vida socioeconômica do país, que era a terceirização.²⁷

Este esforço interpretativo dos operadores do direito nas ações envolvendo relações terceirizadas levou o TST a publicar Enunciados jurisprudenciais (súmulas).

Tem-se então:

- a) a Súmula nº 239, de 9 de dezembro de 1985 (que tratou do tema referente ao trabalhador de empresa de processamento de dados que prestava serviço a bancos);
- b) a Súmula nº 256, de 2 de outubro de 1986 (que limitava a terceirização apenas nos casos de trabalho temporário e serviço de vigilância, tornando ilícitas, e portanto fraudulentas, todas as demais contratações por empresa interposta);
- c) a Súmula nº 257, de 4 de novembro de 1986 (determinando o status de “não bancário” do trabalhador que prestava serviço de vigilância em agências bancárias);
- d) a Súmula nº 331, de 21 de dezembro de 1993 (que fez uma revisão na Súmula nº 256).

A Súmula nº 256 foi sem dúvida um marco na jurisprudência trabalhista pátria. Esta súmula nasceu de uma inconformidade do judiciário trabalhista brasileiro que buscava maneiras de limitar a quantidade de situações envolvendo a terceirização

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 447.

de mão de obra e que redundavam em reclamatórias trabalhistas. A súmula tinha um conteúdo que determinava importante limitação na possibilidade de contratação de trabalhadores por meio de empresa interposta. O texto do enunciado determinava a ilegalidade da contratação por empresa interposta, excetuando-se apenas dois casos que eram regulados por leis específicas, a saber, o trabalho temporário, regulado pela Lei nº 6.019/74, e os serviços de vigilância, os quais tinham regulação expressa na Lei nº 7.102/83.²⁸

Esta súmula foi inicialmente substituída pela Súmula nº 331 e posteriormente cancelada. A Súmula nº 331, desde a sua publicação, já sofreu diversas alterações, sendo a mais recente aquela determinada pela Resolução 174/2011, de 31 de maio de 2011 do TST, onde fica caracterizado um viés de ampliação da flexibilização das relações de terceirização ao comparar-se com a Súmula nº 256.

1.4 INFLUÊNCIA NO CAMPO DA ECONOMIA

O crescimento da competição entre as empresas atuantes no mercado faz com que os empresários tenham que ser criativos em suas soluções para preservarem sua sobrevivência empresarial. O cenário é de mercados cada vez mais exigentes, competidores com condições similares e matérias-primas com preços já estabilizados pelo próprio mercado, sobrando assim poucos fatores onde o empresário possa agir para redução de seu custo de produção. Esta é a razão pela qual as despesas com mão de obra são uma das primeiras, senão a primeira lembrança daquele empresário que quer tornar sua empresa mais competitiva.

É inegável a influência da terceirização na Economia. São diversos os aspectos que denotam a relevância desta da interação entre a terceirização de mão de obra e o mercado.

O primeiro aspecto a ser considerado é o fato de que a terceirização é responsável atualmente pelo emprego de um elevado número dos trabalhadores. No Brasil de hoje, quase $\frac{1}{4}$ dos trabalhadores com carteira assinada estão trabalhando

²⁸ SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 65.

em empresas prestadoras de serviço ou “terceirizadas”. Mesmo tratando-se de trabalhadores que têm um salário baixo, tamanho contingente representa uma parcela importante da massa salarial total do país.

Outro ponto importante a ser considerado diz respeito ao número de empresas prestadoras de serviço existentes, que no Brasil superam hoje a marca de trinta mil. Este contingente de empresas e de trabalhadores representa uma importante fatia do ponto de vista da economia, bem como da própria estrutura mercadológica. Também não se pode desconsiderar o quanto isto representa em arrecadação de impostos que revertem para União.

Hoje se encontra trabalhadores terceirizados em todos os setores da economia, tais como bancos, fábricas, serviços públicos das três esferas de poder, hospitais, empresas de telecomunicações, entre outros. A tônica da horizontalização é cada vez mais predominante, fazendo com que as empresas terceirizem todas aquelas atividades que não sejam importantes para o seu negócio. Pode-se afirmar que nos dias de hoje a terceirização atingiu tal grau de importância que seria inviável conceber-se a atividade empresarial sem a sua utilização em maior ou menor grau.

1.5 A TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS

Na Administração de Empresas a terceirização assumiu a posição de importante fator de competição. O toyotismo surgido após a Segunda Guerra Mundial trouxe o modelo de administração horizontalizada, tendo por base o modelo de empresa dedicada à sua atividade principal (core business). Em paralelo “[...] ofereciam soluções para a necessidade do capital de aumentar seus lucros pela redução da força de trabalho, reorganização do espaço produtivo, da desconstrução da autonomia sindical e dos direitos dos trabalhadores.”²⁹ Para tanto as atividades não essenciais ou acessórias eram delegadas para empresas subcontratadas, que se especializavam na produção de determinados bens ou serviços.

Dessa forma o produto final era alcançado pela atividade de uma série de empresas operando paralelamente, cada uma no seu segmento. Ao invés de se ter

²⁹ MARCELINO *apud* GÓES, Winnicius Pereira. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 52.

uma administração central cuidando de todas as etapas do processo produtivo, tem-se uma administração descentralizada, onde cada empresa tem seu próprio gestor que é responsável pelo resultado da sua parcela do negócio. O melhor exemplo disto é certamente a indústria automobilística, que aplica exatamente este modelo. “[...] A descentralização e a horizontalização produtiva além de promover o enxugamento do quadro de pessoal da empresa central na cadeia produtiva e a diminuição dos investimentos em ativos imobilizados, acarreta a formação de inúmeras pequenas e médias empresas em seu entorno, dependentes de sua demanda, colocando-as, até certo ponto, como fontes produtivas “independentes”, mas submissas ao poderio econômico das potências industriais.”³⁰ Este efeito é visível hoje em todos os seguimentos onde há a terceirização. O que se vê é permanência das razões que levaram ao surgimento do toyotismo, com os capitalistas buscando cada vez aumentar sua margem de lucro com a redução das despesas com mão de obra, inclusive na administração do setor público.

A terceirização traz para a empresa tomadora uma série de vantagens do ponto de vista organizacional. A começar, a despesa indireta com o salário que será pago ao trabalhador terceirizado é sempre menor do que aquela que ocorreria caso o trabalhador fosse empregado direto da empresa tomadora. Além disso, elimina-se a despesa com encargos trabalhistas. Paralelamente são eliminados também diversos controles organizacionais referentes à manutenção de uma força de trabalho com grande número de trabalhadores atuando em diferentes atividades dentro da empresa. Com o enxugamento proporcionado pela redução do número de empregados diretos, a empresa pode direcionar sua força produtiva para buscar a máxima eficiência no desenvolvimento de sua atividade-fim.

Não se pode imaginar que só existam pontos positivos para a empresa. Existem também alguns pontos que geram problemas no cotidiano da empresa tomadora. Entretanto, o balanço ainda é positivo em favor da empresa tomadora, razão pela qual o instituto da terceirização atinge hoje números impressionantes.

³⁰ GÓES, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 53.

1.6 A TERCEIRIZAÇÃO FRENTE AO DIREITO DO TRABALHO

A terceirização surgiu como um fenômeno econômico e social que aos poucos foi crescendo em importância. É uma solução de cunho administrativo para as empresas que desde o seu surgimento não leva em conta o impacto que causaria nos trabalhadores. Surgiu como uma grande solução para a continuidade do crescimento econômico em um mundo de relações globalizadas, onde “no emaranhado de interesses locais e globais, o capitalismo neoliberal financeiro-especulativo-consumista incentiva a competição mercadológica empresarial e interestatal mediante a indução ao consenso sobre a necessidade de flexibilizar ou desregulamentar as relações contratuais laborais.”³¹

Este movimento da economia global pela flexibilização das relações trabalhistas, como seria de se esperar, contagiou o empresariado brasileiro, não apenas pela possibilidade de incremento nos lucros pela redução de custos, mas também para poderem competir, principalmente no mercado internacional cada vez mais competitivo.³²

Com esse cenário, a flexibilização das relações trabalhistas se impôs no mercado de trabalho trazendo para o trabalhador uma situação nova, onde as normas protetivas das relações laborais já não lhe proporcionam uma tutela de direitos efetiva, na medida em que são ameaçados direitos trabalhistas até então consolidados. A flexibilização das relações trabalhistas é a “[...] adequação das normas trabalhistas às exigências econômicas do mundo globalizado, que culmina com a precarização da relação formal de emprego.”³³ (grifos acrescidos).

Apesar de seu crescimento dentro do cenário nacional, não tem havido por parte do legislador a atenção que o assunto mereceria no sentido da edição de uma normatização. Isto implica que ao longo dos anos a terceirização “[...] tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo

³¹ GÓES, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 60.

³² *ibidem*. p. 66.

³³ FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 19.

que é em grande parte algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do país.”³⁴

Embora tendo surgido como um instituto de cunho mercadológico é inegável na atualidade a sua importância do ponto de vista do justitalhismo, em função da quantidade de trabalhadores envolvidos.

Salienta-se nesse ponto o fato de que não se tem no ordenamento pátrio uma legislação adequada para regular as relações trabalhistas decorrentes da terceirização. De fato a terceirização tem avançado de forma marginalizada em relação à normatividade heterônoma estatal, em um processo de convivência informal, convivendo fora do Direito do Trabalho, de forma alheia à ordem jurídica vigente.³⁵

Ao longo do tempo, entretanto foram surgindo diplomas normativos destinados à regulamentar as relações surgidas sob circunstâncias específicas, as quais, embora ainda não recebessem tal denominação, já traziam em seu conteúdo o núcleo da terceirização, ou seja, a ideia de uma relação laboral envolvendo três atores (relação trilateral).

1.6.1 Normas aplicáveis à terceirização

As normas aplicáveis à terceirização se localizam de forma esparsa em distintas hierarquias normativas como normas constitucionais, infraconstitucionais e regulamentos. Os diversos modelos de terceirização (empreitada, prestação de serviços, contrato por obra certa, cooperativa, terceirização no serviço público e condomínios) foram sendo contemplados por diferentes institutos jurídicos com a finalidade de compatibilizá-los juridicamente ao ordenamento pátrio.³⁶

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 439.

³⁵ DELGADO, Loc. Cit.

³⁶ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 405.

Têm-se assim diversos dispositivos e diplomas legislativos os quais se aplicam à terceirização, conforme segue:³⁷

- a) no Código Civil, nos artigos 610 a 626, tem-se a regulação da empreitada;
- b) no art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho trata-se da responsabilidade do empregador;
- c) a prestação de serviços está prevista nos artigos 593 a 609 do Código Civil;
- d) a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, regula o trabalho temporário, que também é objeto do Decreto nº 73.841/74, além de instruções normativas do Ministério do Trabalho;
- e) a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, com suas alterações posteriores, define normas para a constituição e funcionamento das empresas particulares prestadoras de serviços de vigilância e transporte de valores;
- f) a terceirização para o serviço público (descentralização administrativa) está prevista no Decreto-lei nº 200/67;
- g) as cooperativas de trabalho têm extensa regulação, com artigos na Constituição Federal (art. 5º, XVIII, que fala da desnecessidade de autorização prévia para funcionamento; o art. 146, III, “c”, que trata das normas tributárias adequadas; art. 174, §§ 2º, 3º e 4º, que trata do estímulo ao cooperativismo; art. 187, VI, que trata de cooperativismo e política agrária; art. 192, III, que trata das cooperativas de crédito), no Código Civil (que trata o assunto sob o nome de sociedade cooperativa nos artigos de 1.093 a 1.096), na Lei nº 5.764/71 (que trata do Regime Jurídico geral das cooperativas) e em algumas leis esparsas, como a Lei nº 8.949/94 (que traz a alteração do parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho que trata da inexistência de vínculo de emprego), a Lei nº 9.711/98 (que trata das alíquotas do INSS) e a Lei nº 9.867/99 (que trata das cooperativas sociais).

³⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 406.

1.6.2 Súmulas do TST aplicáveis à terceirização

Desde a década de 1970 a jurisprudência tem se defrontado com o assunto da terceirização de mão de obra. Entretanto, o fato de haver uma lacuna legislativa em torno do tema, fez com que na prática acontecesse uma intensa atividade hermenêutica pela jurisprudência, buscando internalizar ao universo jurídico do país a figura, então já bastante presente na vida socioeconômica do país, que era a terceirização.³⁸

Este esforço interpretativo dos operadores do direito nas ações envolvendo relações terceirizadas levou o TST a publicar Enunciados jurisprudenciais (súmulas).

Tem-se então:

- e) a Súmula nº 239, de 9 de dezembro de 1985 (que tratou do tema referente ao trabalhador de empresa de processamento de dados que prestava serviço a bancos);
- f) a Súmula nº 256, de 2 de outubro de 1986 (que limitava a terceirização apenas nos casos de trabalho temporário e serviço de vigilância, tornando ilícitas, e portanto fraudulentas, todas as demais contratações por empresa interposta);
- g) a Súmula nº 257, de 4 de novembro de 1986 (determinando o status de “não bancário” do trabalhador que prestava serviço de vigilância em agências bancárias);
- h) a Súmula nº 331, de 21 de dezembro de 1993 (que fez uma revisão na Súmula nº 256).

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 447.

1.6.2.1 A Súmula nº 239 do TST

A Súmula não trata exatamente da terceirização em seu sentido amplo, na medida em que seu tema é estritamente o serviço bancário. Foi publicada em 9 de dezembro de 1985, tendo a seguinte redação: “É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico.”³⁹

Da leitura deste verbete se percebe que a terceirização, no segmento bancário, atingiu o ponto no qual empresas foram criadas com a única finalidade de prestarem serviço de processamento de dados, objetivando assim poderem contar com empregados de jornada diária de oito horas, contra os bancários cuja jornada era de seis horas. Isto somado a uma importante redução de custos.⁴⁰

Esta súmula teve sua origem em doze precedentes jurisprudenciais do TST. Curiosamente, com exceção do AC. da 3ª Turma do TST de nº 4.064/84, referente ao RR 4.673//83, no qual uma das partes era o banco Unibanco, todos os demais originaram-se de ações em que era réu a empresa Banrisul Processamento de Dados Ltda. Trata-se de empresa criada para absorver os serviços que eram executados pelo setor de processamento de dados do banco, criação esta concomitante à extinção do referido setor de processamento de dados. O pessoal da empresa era originário do banco e inclusive o diretor era remunerado pelo banco. A empresa utilizava o mesmo prédio do banco e equipamentos fornecidos pelo banco. Prevaleceu o entendimento de que processamento de dados é uma atividade-fim dos bancos, na medida em que estes não podem operar sem processamento de dados.⁴¹

Em 25 de abril de 2005 houve alteração do texto da súmula, incorporando as orientações jurisprudenciais da SBDI-1 de números 64 e 126, agora canceladas, ficando com a seguinte redação:

³⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 239. BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-239>. Acessado em: 02 nov. 2014.

⁴⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 101.

⁴¹ *ibidem*. p. 102 e 103.

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.⁴²

As orientações jurisprudenciais canceladas versavam justamente sobre situações de trabalhadores vinculados a serviços de processamento de dados, os quais, embora prestando serviço a bancos não poderiam ser considerados bancários. Foi verificado afinal que a utilização de serviço de processamento de dados não é característica exclusiva dos bancos, podendo qualquer empresa utilizar tal expediente. Isto configura sem margem de erro que se trata de atividade-meio e não atividade-fim. Desta forma ficou estabelecida como plenamente lícita a terceirização de atividade de processamento de dados, não apenas por bancos, e sim por qualquer empresa.⁴³

1.6.2.2 A Súmula nº 256 do TST

A Súmula nº 256 do TST foi publicada em 30 de setembro de 1986. Ela estabelecia a ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, com exceção das hipóteses 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, sob pena de criação de vínculo entre tomador de serviços e o trabalhador, *in verbis*:

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.⁴⁴

⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 239. BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-239>. Acessado em: 02 nov. 2014.

⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 110 e 111.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acessado em: 02 nov. 2014.

Esta súmula foi posteriormente cancelada pela Resolução 121/2003 do TST, de 28 de outubro de 2003.

Entretanto, conforme Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST, a qual ainda vige, a Súmula nº 256, hoje cancelada, ainda é aplicável para os casos anteriores à Constituição Federal de 1988.⁴⁵

A Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST foi publicada em 11 de agosto de 2003, com o seguinte texto:

321. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988 (nova redação) - DJ 20.04.2005 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, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988..⁴⁶

Como se percebe, há uma semelhança de redação entre a Orientação Jurisprudencial nº 321 e a Súmula nº 256, diferenciando-se apenas no que tange a aplicação ao ente público como tomador de serviços. Entretanto a súmula foi primeiramente revisada em 1993 pela edição da Súmula nº 331. Posteriormente sobreveio o seu cancelamento. A Orientação Jurisprudencial ainda vige, sendo aplicável aos casos anteriores a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ao ser publicada a Súmula nº 256 trouxe orientações de grande importância. Estabeleceu com clareza as hipóteses de exceção para a contratação terceirizada de trabalho.

Com tal orientação, ficou determinado que qualquer caso de terceirização considerado ilícito (por não estar foram das alternativas representadas pelas Leis nºs 6.019 e 7.102) ensejaria o estabelecimento do vínculo empregatício com o efetivo tomador de serviços.⁴⁷

⁴⁵ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 408.

⁴⁶ BRASIL. Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST de 11 de agosto de 2003. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA321>. Acessado em: 10 nov. 2014.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12 ed. - São Paulo: Ltr, 2013. p.448.

Segundo Martins,⁴⁸ os seguintes precedentes deram origem à Súmula nº 256:

“Empregado que sempre trabalhou para ou no mesmo estabelecimento, em atividade necessária ao seu funcionamento. Não caracteriza o trabalho temporário. Decreto nº 1.034, alegado apenas na revista. Relação de emprego com o tomador de serviço. Revista não conhecida. (Ac. 2ª T 2.176/80, Proc. RR 138/79, j. 7-10-80, Rel. Min. Marcelo Pimentel, Recorrente: Banco Bradesco S.A. E Oram S.A. Organização Rio-grandense de Serviços, e Recorrido: Adelar Ferreira de Moraes).”

* * *

“O trabalho de conservação e asseio não pode ser objeto de contratação pela Lei nº 6.019, por não se tratar de trabalho temporário. Menos ainda pela locação prevista no Código Civil, por ser atividade permanente, indispensável à vida da empresa. A contratação de locadora constitui fraude ao regime da CLT. Vínculo empregatício com o tomador do serviço quando há continuidade e o trabalho é prestado a uma única empresa. Quando empregado trabalha em uma jornada subdividida em duas, o longo intervalo entre ambas deve ser remunerado como extra, porque o empregado ficou à disposição do empregador. Revista a que se nega provimento (Ac. 2ª T 377/82, Proc. RR 889/81, j. 2-3-82, Rel. Min. Marcelo Pimentel, Recorrente: Brilho Conservação e Administração de Prédios Ltda e Cia Estadual de Energia Elétrica, e Recorrida: Margarida da Silva Ramos).”

* * *

“Contratação de empresa para execução de serviços inerentes à atividade da reclamada. Ou à fraude ou mão-de-obra locada em situação não prevista na Lei nº 6.019/74 (Ac. 3ª T 3.874/81, Proc. RR 402/81, j. 4-12-81, Rel. Min. Guimarães Falcão, Recorrente: Ripada S.A. Celulose e Papel, e Recorridos: Moacir de Oliveira e outros, Transportadora Ruratron Ltda. e Madeireira Patriarca Ltda).”

No primeiro dos três acórdãos acima, foi reconhecido o vínculo de emprego com o banco, pelo fato de que o trabalhador, embora contratado por empresa de intermediação de mão de obra, estava ligado a atividade permanente.

No segundo caso foi reconhecida a formação de vínculo com empresa de energia elétrica por ter esta se beneficiado do trabalho de conservação e asseio de empregados por meio de empresa locadora de mão de obra.

No terceiro caso houve o entendimento de que houve fraude à lei no momento em que o empreiteiro é apenas um “testa de ferro” da empresa contratante.

Outros precedentes, ainda segundo Martins:⁴⁹

⁴⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112.

⁴⁹ *Ibidem*, 114.

- a) RR. 5.492/80, Ac. 1ª T. 3.694/81, Relator Ministro Guimarães Falcão, discutindo a relação de emprego de trabalhador que prestava serviços de limpeza e portaria a banco por meio de locadora de mão de obra, prevalecendo o entendimento de que não poderia ser de forma permanente;
- b) RR 6.713/83, Ac. 1ª T. 1.615/85, Relator Ministro Marco Aurélio, tratando de relação de emprego entre banco e zeladora contratada por meio de locadora de mão de obra;
- c) RR 1.474/85, Ac. 1ª T. 41/86, Relator Ministro Marco Aurélio, onde foi responsabilizado dono de obra por verbas inadimplidas por empreiteira;
- d) RR 2.150/74, Ac, 2ª T. 1.161/74 Relator Ministro Resende de Puech, versando sobre a formação de vínculo pelo fato do trabalhador temporário ter exercido suas funções por mais de noventa dias;
- e) RR 189/74, Ac., 2ª T. 2.177/80, Relator Ministro Marcelo Pimentel, tratando de formação de vínculo por haver sido constatada a permanência dos trabalhadores contratados como temporários;
- f) RR 4.137/78, Ac. 1ª T 596/79, Relator Ministro Marcelo Pimentel, onde fixou-se o entendimento de que o trabalho de vigia não é equiparável ao serviço de vigilância bancária.

Apesar da Súmula nº 256 ter estabelecido um marco importante no regramento da terceirização de mão de obra que disciplinou o mercado de trabalho privado, ela criou um problema. A Súmula tinha o aparente condão de fixar um rol exaustivo e reduzido de terceirizações permitidas, constituído pelo trabalho temporário e os serviços de vigilância. Ficava comprometida a absorção da súmula pelos operadores do direito, já que as exceções contidas no art. 10 do Decreto-lei nº 200/67 e na Lei nº 5.645/70, determinadoras das ações concernentes à gestão de pessoal da Administração Pública, não foram contempladas no referido diploma.

Adicionalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, adveio a expressa proibição de contratação de trabalhador por órgão da Administração Pública sem a realização de concurso público.

Entretanto, o Banco do Brasil, que é uma sociedade de economia mista, contratava prestadores de serviço de limpeza, telefonia ascensorista, digitação, entre outros, sem a realização de concurso público, o que redundou em denúncias por parte dos sindicatos dos bancários, os quais apontavam que o banco estaria fazendo contratação direta de pessoal para o desempenho de atividade permanente. Similar situação ocorria na Caixa Econômica Federal.

O Ministério Público do Trabalho ajuizou inquéritos civis públicos contra o Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal pelo fato de estarem contratando estagiários como forma de isentarem-se da responsabilidade de realização de concurso público.

O inquérito contra a Caixa Econômica Federal deu origem a uma ação civil pública, cujo pedido foi parcialmente acolhido em primeira instância sendo reconhecidas as irregularidades.

Já o Banco do Brasil firmou acordo no sentido de realizar concurso público para regularizar a situação. A Procuradoria Geral do Trabalho encaminhara expediente ao Presidente do TST em 6-10-93, sob nº 31.696/93.4 requerendo a revisão parcial da Súmula nº 256, de modo a afastar de seu alcance as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os órgãos da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, além dos serviços de limpeza.⁵⁰

Todas as circunstâncias acima citadas, somadas aos polêmicos embates gerados, tanto na doutrina como entre os operadores do direito, sobre o entendimento da Súmula nº 256, ocasionaram a sua revisão, com a edição da Súmula nº 331, do TST e o posterior cancelamento da Súmula 256.⁵¹

1.6.2.3 A Súmula nº 257 do TST

Esta súmula trata especificamente do trabalho de vigilância e transporte de valores. Tendo por base a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983 e o art. 40 do Decreto-lei nº 1.034/96, foi editada em 4 de novembro de 1986. Seu texto traz de

⁵⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 127.

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12 ed. - São Paulo: Ltr, 2013. p.448.

forma singela: “O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário.”⁵²

Esta súmula teve inúmeros precedentes, dos quais se reproduzem alguns citados por Sergio Pinto Martins⁵³:

“O vigilante em serviço em banco, vinculado a empresa especializada (Lei nº 7.102/83), não frui vantagens do regime de trabalho bancário (Precedentes E-RR 485/80 – AC. TP 274QQ83 e RR 5.364/81, AC. 1ª T 174Q83). Pretensão improcedente” (Proc. TST E- RR 5.644/82, AC. TP 2.149/86, j. 28-8-86, Rel. Min. Ildélio Martins).

“Vigilante não se confunde com vigia, estando sujeito à jornada de oito horas. Não conhecidos os embargos” (Proc. TST TP 2.203, E-RR 1.374/78, Rel. Min. Orlando Coutinho, j. 3-9-80, DJ 17-10-80).

“Embargos não conhecidos porque o vigilante contratado por empresa especializada não é bancário, não havendo que se falar em responsabilidade solidária, conforme reiterados pronunciamentos do E. Tribunal Pleno. Incidência do Enunciado nº 42 deste TST” (AC. TP 2.375/80, E-RR 766/82, j. 2-10-86, Rel. Min. Orlando Lobato).

“ A vigilância bancária tem disciplinação específica, hoje consubstanciada na Lei nº 7.102, de 20-6-83. O vigilante em serviço no banco, vinculado a empresa especializada (Lei nº 7.102/83) não frui as vantagens do regime de trabalho bancário” (TST, 1ª T., RR 3.713/82, Rel. Min. Ildélio Martins, DJU 3-8-84, p. 12.078).

Além destes, outros precedentes também citados pelo referido autor: E-RR 666/80, TP, Rel. Min. Marco Aurélio; E-RR 3.012/80, TP, Rel. Min. Nelson Tapajós; E-RR 3.628/79, Rel. Min. Coqueijo Costa; RR 4.54 /81, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio; RR 589/82, 1ª T., Rel. Min. Ildélio Martins; entre outros.

A Lei nº 7.102/83 adveio da necessidade dos bancos fazerem uso de vigilância armada em suas agências, em fun o da crescente violência que se traduzia em constantes assaltos. Passou a ser obrigatória a manuten o de vigilância armada realizada por pessoal com treinamento especializado. A lei deixa claro que o serviço de vigilância não é exercido pelo banco, assim como também sua utiliza o não é uma exclusividade do segmento bancário, podendo ser utilizado por diversos segmentos da sociedade, inclusive pela Administra o Pública. Ela permite também o transporte de valores por empresa especializada ou pelo próprio

⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 257. VIGILANTE. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-257>. Acessado em: 02 nov. 2014.

⁵³ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceiriza o e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 98.

peçoal do estabelecimento financeiro, desde que com peçoal próprio com treinamento especial para esta finalidade.⁵⁴

1.6.2.4 A Súmula nº 331

A Súmula nº 331 do TST foi aprovada através da Resolução Administrativa nº 123, de 17 de dezembro de 1993 e foi publicada no Diário da Justiça da União em 21 de dezembro de 1993, com a seguinte redação:

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

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.⁵⁵

Reproduz-se aqui alguns dos precedentes que deram origem ao Enunciado, citados por Sérgio Pinto Martins.⁵⁶

“Contrato de prestação de serviços – Legalidade. Salvos os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos na Lei 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 2-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formado o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (Enunciado 256/TST) (Ac. SDI nº 2.333/993, Proc. E-RR 0211/90.6,6, j. 10-8-93, Rel. Min. Cnéa Moreira, DJ 3-9-93).

⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99 e 100.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 12 out. 2014.

⁵⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 124, 125.

“Locação de mão-de-obra – Enunciado 256/TST. A sociedade economia mista, no caso Companhia Energética do Ceará, pode, amparada pelo art. 11, § 7º, do Decreto-lei nº 200/67, realizar contra to de locação de serviços. O Enunciado 256 veio para evitar a ocorrência de fraude e não para impedir contratos legais. Recurso de Revista Parcialmente conhecido e provido para excluir da condenação o reconhecimento do vínculo empregatício, mantendo-se a solidariedade (Ac 1ª T. 3.308/925, Proc. RR 44.058/92.6, j. 28-10-92, Rel. Min. Afonso Celso, DJ 4-12-92).

“Não se há que falar em aplicação do Enunciado 256, do TST, especialmente pela ausência de fraude, já que tanto a contratação do obreiro quanto a celebração do convênio estão dentro dos parâmetros legais. Revista conhecida e provida, para julgar improcedente o pedido (Ac. 1ª T. 2.340/93, Proc. RR 62.835/92.0, j. 19-8-93, Rel. Min. Ursulino Santos, DJ 1-10-93).

“A contratação de mão de obra, mediante empresa interposta, em se tratando de órgão público, está autorizada pelo Decreto-lei nº 200/67 e pela Lei nº 5.645/70. Ademais, nos termos do parecer do ilustre representante do Ministério Público, Dr. Ives Gandra da Silva Martins Filho, no caso dos autos, além do serviço locado ser de vigilância, - hipótese prevista na própria Súmula 256 do TST como legal por força da Lei nº 7.102/63 -, a Lei nº 5.645/70 chega a recomendar que os serviços de custódia, conservação e assemelhados sejam contratados por via indireta no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional. Dessa forma o INAMPS é parte legítima, não cabendo solidariedade imposta.” (RR 45.;956/92ª, AC. 3ª T. 5.251/92, Rel. Min. Roberto Della Manna, DJ 6-8-93).

Adicionalmente ainda, também serviram de motivação para ao enunciado os seguintes precedentes: RR 41.486/91.2, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, AC. 3ª T. 46/92, DJ 26-3-93); RR 42.286/91.9, AC. 4ª T. 2.936/92, Rle. Min. Leonardo Silva, DJ 12-2-93; RR 43.279192.2, AC. 2ª T. 631/93, Rel. Min. João Tezza, DJ 18-6-93; RR 24.086/91.7, AC. 2ª T. 806/92, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 8-5-92; RR 41.974/91, Ac. 4ª T. 1.420/93, Rel. Min. Marcelo Pimentel, DJ 18-6-93; RR 35.607/91, AC. 5ª T. 1.275/93, Rel. Min. José Ajuricaba, DJ 25-6-93.⁵⁷

Alguns anos depois, pela Resolução nº 96, de 11-9-2000 do TST, o inciso IV teve sua redação alterada de modo que a responsabilidade subsidiária abrangesse também todos os órgãos da administração direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista⁵⁸, passando a vigorar com o seguinte teor:

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

⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.125.

⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 449.

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). (grifos acrescidos).

Em 2010 sobreveio a decisão do STF na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, de 24-11-2010. Tratava-se do julgamento da constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666, de 21-6-93, por conta de diversas Reclamações (RCLs) contra decisões do TST que estavam chegando naquele órgão judiciário. O STF decidiu pela constitucionalidade do referido preceito normativo. Com esta decisão ficou confirmado o entendimento que afastava a responsabilidade objetiva o Estado pelo inadimplemento das empresas terceirizadas em relação às verbas trabalhistas.

Em função desta decisão do STF, o Tribunal Superior do Trabalho efetuou ajustes no enunciado da Súmula nº 331, de modo a adaptá-lo à decisão do STF sobre a ADC nº 16. Em 24-5-2011, através da Resolução nº 174, de 24-5-2011, foi dada a atual redação ao enunciado.

Tais ajustes envolveram: (1) a alteração do item IV, de modo que passasse a contemplar os demais agentes econômicos da sociedade,⁵⁹ (2) a criação do item V, o qual trata especificamente das questões envolvendo a administração direta e indireta, e a criação do item VI, que reforça a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

O item modificado e os dois itens acrescidos ficaram com a seguinte redação:⁶⁰

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

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

⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 449.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 12 out. 2014.

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

Com esta formatação, a Súmula nº 331 resolveu algumas das lacunas observadas no texto da Súmula nº 256. Comparando-se as versões, vê-se que a nova passou a contemplar as hipóteses de terceirização constantes do Decreto-lei nº 200/67 e na Lei nº 5.645/70, no que diz respeito aos serviços de conservação e limpeza e execução de atividade-meio da empresa tomadora.

De forma resumida vê-se que, além de contemplar as determinações dos diplomas legislativos supracitados (Decreto-lei nº 200/67 e na Lei nº 5.645/70), constata-se também na súmula:

- a) o estabelecimento da diferenciação entre terceirização lícita e ilícita, no item I;
- b) o acolhimento da proibição constitucional de contratação de trabalhadores pela Administração Pública direta, indireta e fundacional, conforme reza o item II;
- c) o estabelecimento da distinção entre atividade-meio e atividade-fim, no item III;
- d) a determinação normativa de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas, no item IV;
- e) a determinação, similar à alínea anterior no caso da Administração Pública direta e indireta, nos casos de conduta culposa no cumprimento das obrigações decorrentes da Lei nº 8.666/93, no item V;
- f) um reforço no sentido de esclarecer a amplitude da responsabilidade subsidiária do tomador, pela totalidade das verbas trabalhistas devidas em decorrência de condenação em processo trabalhista, no item VI.

A partir do estudo da Súmula nº 331 se pode concluir que o Tribunal Superior do Trabalho, afastou-se das teorias modernas sobre constitucionalismo. Tal opção se materializou quando apresentou entendimento onde viça evidente a intenção de

valorizar o valor constitucional da livre iniciativa em detrimento de outro valor constitucional que é o valor social do trabalho humano, este talvez mais importante em um país com tantos clamores em sua realidade social.⁶¹

1.6.2.5 A Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST

A Súmula nº 256 do TST foi publicada em 30 de setembro de 1986 e posteriormente cancelada pela Resolução 121/2003 do TST, de 28 de outubro de 2003.

Entretanto, conforme Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST, a qual ainda vige, a Súmula nº 256, hoje cancelada, ainda é aplicável para os casos anteriores à Constituição Federal de 1988.⁶²

A Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST foi publicada em 11 de agosto de 2003, com o seguinte texto:

321. Vínculo empregatício com a Administração Pública. Período anterior à CF/1988. Súmula nº 256. Aplicável. É aplicável a Súmula nº 256 para as hipóteses de vínculo empregatício com a Administração Pública, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.⁶³

O texto da Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST foi revisado em 20 de abril de 2005, passando a vigorar com a seguinte redação:

321. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988 (nova redação) - DJ 20.04.2005:

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, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.⁶⁴

⁶¹ BRANCO, Paula Tauceda. *A colisão dos princípios fundamentais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2007. p. 117

⁶² ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 408.

⁶³ BRASIL. Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST de 11 de agosto de 2003. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA321>. Acessado em: 10 nov. 2014.

⁶⁴ BRASIL. Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST de 11 de agosto de 2003. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA321>. Acessado em: 10 nov. 2014.

Observa-se que na nova redação, embora ainda contemplando hipótese prevendo vínculo de emprego com a Administração Pública nas situações anteriores à Constituição Federal de 1988, tal instituto excetua os casos abrangidos pelas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, que tratam respectivamente, do trabalho temporário e do serviço de vigilância e transportes de valores.

1.7 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

É importante salientar que não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer vedação legal à prestação de serviços terceirizados, ou mesmo legislação que regule a sua formalização. Há em princípio dois limites importantes da terceirização: a) constitucionais; b) legais.⁶⁵

Tem-se o princípio constitucional de que qualquer trabalho, desde que tendo objeto lícito, deve ser visto como um direito social, devendo por isso ser permitido. Isto em decorrência de que tudo o que não está legalmente proibido é permitido.

Já no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal tem-se a consagração, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. No artigo 5º, tem-se o inciso XIII estabelecendo que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. O artigo 6º coloca o trabalho como um direito social. Além destes, em diversos outros artigos da Constituição Federal de 1988 a questão do trabalho como direito social mereceu atenção do legislador, demonstrando a importância do tema para a organização da sociedade.⁶⁶

Entretanto, a terceirização não foi contemplada pelo legislador constituinte. Some-se a isto o fato de que até hoje, a legislação infraconstitucional também não se dedicou ao assunto, o que dá margem para a ocorrência de ilicitudes.

⁶⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 159.

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 out. 2014.

No mundo dos fatos, têm-se aqueles que ocorrem em conformidade com o Direito prescrito, constituindo-se na própria realização da ordem jurídica. Estes fatos são também chamados lícitos.

Há outros, entretanto que, ao serem concretizados representam uma violação das normas jurídicas, contrapondo-se ao Direito: são fatos contrários ao Direito, também chamados ilícitos. Saliente-se que o conceito de contrariedade ao Direito é mais amplo que o de ilegalidade, pois a lei é apenas uma das fontes do Direito. Outras fontes são igualmente importantes, tais como o costume, a boa-fé e a moral.⁶⁷

Tem-se por definição a terceirização lícita ou regular ou legal, que é aquela que ocorre dentro dos limites e preceitos legais, respeitando os direitos dos trabalhadores, ou seja, ocorre de acordo com Direito do Trabalho. Em contraposição tem-se a terceirização ilícita, irregular ou ilegal, que é aquela que acontece sem observar as determinações do Direito do Trabalho, resultando em fraude à lei com o consequente prejuízo ao trabalhador

A terceirização em linhas gerais é lícita, pois qualquer trabalho que tenha por objeto uma finalidade lícita pode ser contratado mediante retribuição, conforme art. 594 do Código Civil. Ela se torna ilícita quando busca apenas artifícios para pagar o menor salário e ter reduzidas as despesas com demais verbas decorrentes do contrato de trabalho.⁶⁸

Resolvida a distinção, cabe determinar quais são as hipóteses lícitas de terceirização no Brasil. Em relação a este tema não há unanimidade na doutrina.

Para Delgado⁶⁹ as hipóteses de terceirização lícita são aquelas que constam da Súmula nº 331, incisos I e III, do Tribunal Superior do Trabalho. Abaixo se reproduz a integralidade da referida súmula com os destaques:

⁶⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 411.

⁶⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 160.

⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 450.

Súmula nº 331 do TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) -Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

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

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.⁷⁰(grifos acrescidos).

Assim, as hipóteses de licitude da terceirização de mão de obra dividem-se em quatro situações, que são: a) situações que autorizam trabalho temporário, b) atividades de vigilância, c) atividades de conservação e limpeza, d) serviços especializados ligados à atividade meio do tomador. Este é o entendimento da jurisprudência e também o predominante na doutrina. Ainda segundo este autor⁷¹, “excluídas as hipóteses acima, em que se admite a terceirização lícita no Direito brasileiro, não há no ordenamento jurídico do país preceito legal para dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais onerosamente, pessoais e subordinados à outrem (art2º, caput e 3º caput, CLT), sem que esse tomador responda juridicamente pela relação laboral estabelecida”.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 12 out. 2014.

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 453.

Para Martins⁷² as hipóteses de terceirização lícitas são: trabalho temporário, serviços de vigilância, serviços de limpeza, empreitada, subempreitada, prestação de serviços, locação de serviços, representante comercial autônomo, compensação de cheques, estágios, cooperativas, serviços de telecomunicações, transporte de cargas, prestação de serviços intelectuais, serviços a domicílio desde que na forma autônoma e serviços médicos.

Góes⁷³ aponta para um posicionamento bastante lógico diante da realidade legislativa no que diz respeito à terceirização, onde ele afirma que “diante da inexistência de vedação legal às suas formalizações, parte-se do pressuposto que todas as terceirizações ou relações trilaterais, firmadas tanto no âmbito público quanto no âmbito privado, são lícitas e devem apenas observar as disposições jurisprudenciais, legislativas ordinárias, portarias do Ministério do Trabalho e Emprego, balizando-se, também, nos princípios da dignidade constitucional”. Seu entendimento é de que a terceirização lícita não se limitaria a um rol taxativo, mas teria como requisito a inexistência de fraude à legislação do trabalho.

Embora não exista na ordem jurídica brasileira uma legislação regulamentando a terceirização, têm-se dispositivos normativos esparsos que foram positivados longo do tempo na medida em que surgiam as diversas modalidades de terceirização de mão de obra no mercado de trabalho. A seguir se examinará as formas de contratação de mão de obra que são entendidas pelo ordenamento brasileiro como sendo modalidades lícitas de terceirização da força de trabalho.

1.7.1 Trabalho temporário

O Direito do Trabalho surgiu como uma ferramenta pela qual os trabalhadores, contemplados pelo sistema como hipossuficientes, possam ter uma forma de ter seus direitos assegurados. Para que tal proteção se concretize, existem

⁷² MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 160 e 161.

⁷³ GÓES, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 113.

princípios que são fundamentais nos quais o Direito do Trabalho se apóia e que são as bases de sua tutela sobre as relações justralhistas.

Entre os diversos princípios que regem o Direito do Trabalho do trabalho tem-se o Princípio da continuidade do contrato de trabalho ou da continuidade da relação de emprego. Por esse princípio tem-se que em regra o contrato de trabalho tem duração indeterminada, embora fosse também utilizado o contrato de trabalho a termo ou a prazo, onde empregador e empregado estabeleciam no momento da assinatura, uma data para término do contrato.

Antes do advento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) as indenizações oriundas dos contratos de trabalho sem prazo determinado representavam valores mais expressivos do que aquelas provenientes dos contratos de trabalho a termo e cresciam na medida em que aumentasse também o tempo de serviço na empresa. Tal situação terminou por levar os empresários a utilizarem de forma abusiva o expediente da realização de contratos a termo, pois era mais vantajoso indenizar um contrato de trabalho de curta duração e recontratar outro trabalhador do que indenizar um trabalhador que tivesse vários anos na empresa. Como forma de coibir tais abusos promulgou-se o Decreto-lei nº 229, de 1967, o qual determinava a utilização de contrato a termo somente nos casos em que seu objeto estivesse limitado no tempo.⁷⁴

Uma vez restringido o uso indiscriminado dos contratos de trabalho a prazo, começaram a surgir no mercado inúmeras empresas criadas com objetivo disponibilizarem mão de obra para outras empresas, fosse para atividade temporária ou permanente, quer por locação de serviços ou por intermédio de empreitada. O crescimento deste segmento com tal magnitude acarretou paralelamente um crescimento no número de conflitos decorrentes destas relações de emprego. Desse modo o legislador viu-se compelido a regulamentar o tema, como forma de trazer novamente a civilidade para o âmbito destas contratações.

Promulgou-se então um diploma voltado para o trabalho temporário, que é a Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, regulamentada pelo Decreto 73.841, de 13 de março de 1974. Esta lei veio estabelecer a possibilidade de empresas terceirizadas fornecerem mão de obra temporária para empresas tomadoras

⁷⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 416.

urbanas, por um período máximo de três meses. Tal positivação veio a tornar-se uma das modalidades lícitas de terceirização de mão de obra. A empresa tomadora só pode lançar mão deste recurso para casos de aumento imprevisto de demanda ou de substituição temporária de mão de obra efetiva, conforme aponta o acima referido decreto regulamentador, sendo obrigatório o registro desta causa no contrato firmado entre a tomadora e a fornecedora de mão de obra.

A Lei nº 6.019 de 1974 em seu artigo 2º assim conceitua o trabalho temporário: “Art. 2º - 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.”⁷⁵

Quanto à duração do contrato de trabalho temporário, o artigo 10 da lei estabelece um prazo máximo de três meses, salvo autorização do Ministério do Trabalho.

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. (grifos acrescidos).

Saliente-se que esta modalidade de terceirização assegura ao trabalhador temporário a percepção de salário equivalente àquele pago aos trabalhadores da empresa tomadora que exerçam a mesma função, além de férias proporcionais, repouso remunerado, adicional por trabalho noturno, seguro contra acidente de trabalho, e outros direitos como se lê no artigo 12 da referida lei a seguir.

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;

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l6019.htm>. Acessado em: 12 out. 2014.

e) adicional por trabalho noturno;

f) indenização por dispensa sem justa causa 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).

§ 1º - Registrar-se-á na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário.

§ 2º - A empresa tomadora ou cliente é obrigada a comunicar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um assalariado posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho, para efeito da legislação específica, tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho, quanto a sede da empresa de trabalho temporário.⁷⁶

A Lei nº 6.019/74 positivou o negócio jurídico onde se tem a empresa tomadora, a empresa de trabalho temporário e o trabalhador temporário. A lei também veio estabelecer exigências para a constituição e operação das empresas de trabalho temporário. Trata-se pois de uma relação trilateral. Uma relação jurídica envolvendo três partes.

Nesta relação *sui generis*, a empresa de trabalho temporário é responsável pela admissão, remuneração e controle disciplinar do trabalhador. Entretanto delega o poder de comando à empresa tomadora de serviços, sua cliente, tendo em conta que o trabalho será executado na sede desta.⁷⁷ Percebe-se aqui que esta peculiaridade do comando da atividade do trabalhador temporário ficar com a empresa tomadora de serviço, se contrapõe à regra básica da terceirização lato sensu, segundo a qual a direção deve ser feita pelo prestador de serviços. A finalidade desta modalidade de contratação é afastar da empresa tomadora de serviços a responsabilidade pelos encargos trabalhistas. É importante salientar que o contrato de trabalho temporário torna-se nulo se não destinar-se à acréscimo extraordinário serviço ou serviço transitório. Tal nulidade acarreta a formação de vínculo empregatício com a empresa tomadora de mão de obra.

⁷⁶ Art. 12 da Lei 6.019/74.

⁷⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 415.

Deve-se ter o cuidado de não confundir o trabalhador temporário com o trabalhador admitido para trabalhar por prazo definido, contratado pela própria empresa tomadora, como no contrato por temporada por exemplo. O trabalhador por prazo definido é contratado na modalidade de contrato a termo, cujas regras constam nos artigos 443 e 445 da CLT.⁷⁸ Ambas são modalidades pelas quais o empregador pode resolver a necessidade de cunho eventual ou circunstancial de mão de obra adicional. A grande diferença, entretanto está justamente na forma de contratação, que no contrato a termo não tem intermediário.

Mas há também semelhanças. Quando se examina as hipóteses admitidas pela Lei nº 6.019 para a realização de contrato de trabalho temporário, vê-se que não se diferenciam muito daquelas previstas na CLT, artigo 443, parágrafo 2º, como segue:

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

Conforme leciona Delgado, “De fato, sob a ótica socioeconômica, as mesmas necessidades empresariais atendidas pelos trabalhadores temporários (Lei nº 6.019) sempre puderam (e podem) ser preenchidas por empregados submetidos a contratos celetistas por tempo determinado (art. 443, CLT).”⁷⁹

Por fim, não se deve confundir as empresas de trabalho temporário com outras chamadas de agências de colocação de trabalhadores, embora guardem entre si algumas semelhanças. As últimas servem apenas como intermediárias entre o trabalhador e a empresa que tenha uma vaga permanente a ser preenchida. Também é conhecida como tráfico de mão de obra ou ainda marchandage. O TST considera ilegal a contratação de trabalhador por pessoa interposta, ressalvada a hipótese de trabalho temporário, entre outras.⁸⁰

⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 462.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 463.

⁸⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 414.

Tem havido grande empenho, não só da Justiça do Trabalho como também do Ministério Público do Trabalho, no sentido de combater a terceirização de serviços ligados à atividade-fim da empresa, conforme estabelece a Súmula nº 331. Isto porque tal prática acarreta malefícios tais como: violação do princípio da isonomia pela diferenciação salarial entre o empregado permanente e o temporário, impossibilidade de acesso a carreira do empregado temporário e o desmonte da categoria profissional.⁸¹

1.7.2 Serviços de vigilância

Em relação aos serviços de vigilância, a partir de 1969 o Decreto-lei nº 1.034, de 21 de dezembro de 1969, autorizou instituições financeiras a contratarem este tipo de serviço através de empresas prestadoras de serviço terceirizadas. Tal autorização tornou-se o embrião de uma nova modalidade de terceirização de mão de obra que ainda hoje é uma das formas lícitas deste modelo de contratação de trabalhadores.

Tratava-se de uma permissão específica para este segmento da economia em função da típica vulnerabilidade deste segmento diante da criminalidade. Com o crescimento da violência na forma de assaltos a bancos promulgou-se em 1983 a Lei nº 7.102, a qual dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, tornando obrigatória a existência de sistemas de segurança assim como a vigilância ostensiva. Paralelamente foram estabelecidas normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores. Observe-se que aqui se trata de vigilante e não de vigia. “Este é empregado não especializado ou semi-especializado, que se vincula ao próprio ente tomador de serviços (trabalhando em geral, em condomínios, guarda de obras, pequenas lojas, etc.).”⁸² Esta lei revogou o decreto anterior reeditando alguns de seus dispositivos. Tratou também de determinar a obrigatoriedade de equipamentos de segurança nos estabelecimentos bancários e da autorização para a contratação de empresas especializadas na prestação de serviços de vigilância e transportes de

⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 425.

⁸² *Ibidem*, p. 451.

valores. Outra inovação trazida por esta lei foi a possibilidade de contratação de serviço de vigilância por outros segmentos da sociedade além dos estabelecimentos financeiros, ampliando este leque inclusive pessoas físicas. Dessa forma podem fazer uso de segurança terceirizada pessoas físicas ou jurídicas abrangendo situações diversas tais como: segurança pessoal, segurança residencial, segurança comercial, segurança industrial e segurança em órgãos públicos, entre outros.

Neste modelo de terceirização também existe a relação trilateral, com os mesmos atores da anterior, ou seja, a empresa prestadora de serviços, a empresa tomadora de serviços e o trabalhador terceirizado. Também aqui o trabalhador exerce sua função na sede da empresa tomadora, entretanto, diferentemente do trabalho temporário, aqui o contrato é por tempo indeterminado e o trabalhador responde somente a comando da empresa terceirizada. Não há delegação de subordinação à empresa tomadora como ocorre na terceirização por trabalho temporário.

É importante mencionar-se que o vigilante não é em momento algum equiparável a empregado da instituição financeira, desde que mantida a subordinação à empresa prestadora de serviços e nunca à tomadora de serviços. A existência desta forma de trabalho regulamentada por lei específica, não outorga direito ao empregado da empresa de vigilância para requerer em qualquer tempo, vínculo com a instituição financeira onde tenha desempenhado suas funções.

O contrato de serviço de vigilância patrimonial é, portanto um negócio jurídico trilateral, de cunho permanente e obrigatório para as instituições financeiras. por ser por força da Lei nº 7.102/83. É, entretanto facultativa para estabelecimentos que não sejam instituições financeiras e para pessoas físicas que também podem realizar este tipo de contratação.

As empresas terceirizadas que operam com serviço de vigilância e transportes de valores podem ter sua autorização para funcionamento revista anualmente.

1.7.3 Atividades de conservação e limpeza

Diferentemente das modalidades de terceirização anteriormente mencionadas, os serviços de conservação e limpeza não receberam do legislador nenhuma atenção na forma de legislação específica. Em nosso país esta atividade foi uma das primeiras a ser objeto de terceirização, tendo iniciado pelo segmento privado mesmo antes da entrada em vigor da Súmula 256 do TST que, embora tratando de serviços por pessoa interposta, não atribuía em seu teor, licitude aos serviços terceirizados de limpeza e conservação, como se lê in verbis:

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.⁸³

Como se vê, a Súmula nº 256 não contemplava as relações de terceirizações envolvendo serviço de conservação e limpeza. Por admitir apenas as hipóteses relativas a trabalho temporário e de serviço de vigilância, todas as demais atividades onde houvesse negócio jurídico trilateral visando terceirização de mão de obra estariam à margem da lei, sendo, portanto atividades ilícitas. Tal situação ocorreu com a terceirização dos serviços de conservação e limpeza.

As empresas terceirizadas faziam os contratos de prestação de serviços de limpeza e conservação tendo por base a Lei nº 6019/74, a qual trata do modelo de terceirização via trabalho temporário. Entretanto, os trabalhadores muitas vezes ficavam indefinidamente trabalhando para uma mesma empresa tomadora de serviços, o que inviabiliza caracterizar tal atividade como trabalho temporário. Além disso, a atividade era exercida na maioria das vezes sob subordinação de uma ou mais pessoas da empresa tomadora, algo que é vedado pela referida lei.

⁸³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acessado em: 02 nov. 2014.

Os casos que iam ao judiciário envolvendo terceirização de serviços de conservação e limpeza, onde o empregado requeria o vínculo com a empresa tomadora, terminavam com a decisão judicial favorável ao trabalhador. A ocorrência de alguns recursos levou o TST a editar a Súmula nº 256. Houve o entendimento de que ocorre “[...] fraude à lei quando o empreiteiro de mão de obra é um “testa de ferro” da empresa contratante.”⁸⁴ O ponto primordial visado pela súmula era não permitir a ocorrência de locação de mão de obra (exploração do homem pelo próprio homem).

Segundo Martins, “no acórdão que deu origem à Súmula 256 [...] ficou evidenciado que a contratação de empresa interposta só poderia ser admitida em casos excepcionais, pois a locação de força de trabalho é ilícita, visto que os homens não podem ser objeto deste tipo de contrato, apenas as coisas”.⁸⁵

A condição de atividade lícita de terceirização para os serviços de limpeza e conservação adveio com a promulgação da Súmula nº 331, no que se refere a atividades ocorridas após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Esta súmula “[...] revisando a de nº 256, foi motivada por denúncias oferecidas pelos sindicatos dos bancários que afirmavam estar o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal contratando prestadores de serviço sem concurso público, para as atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica, estiva e digitação.”⁸⁶ Na realidade, a revisão do Enunciado nº 256 se impôs no sentido de suprir “[...] a omissão legislativa quanto à regulação da terceirização, haja vista que o texto sumulado não estava consoante a realidade laboral terceirizante vivida pela sociedade brasileira [...]”⁸⁷. Ocorreu então a apuração das denúncias pelo Ministério Público do Trabalho. Aconteceram ações civis públicas as quais foram julgadas parcialmente procedentes admitindo a ocorrência de irregularidades nas contratações. Paralelamente a Procuradoria Geral do Trabalho requereu ao TST a revisão parcial da Súmula 256, para que fosse permitida a terceirização nos serviços

⁸⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 114.

⁸⁶ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 420.

⁸⁷ GÔES, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 91

de limpeza e conservação, no que foi atendida.⁸⁸ Desse modo tem-se hoje no justtrabalhismo pátrio a terceirização dos serviços de conservação e limpeza tornada lícita pela vigência da Súmula nº 331.

É importante salientar que a terceirização dos serviços de limpeza e conservação deve, para ficar dentro dos limites da licitude, atender aos pressupostos básicos:

- a) a prestadora de serviço detém com exclusividade o poder de comando hierárquico e administrativo sobre os empregados, ou seja, não cabe à empresa tomadora qualquer determinação de cunho patronal sobre os empregados terceirizados que trabalhem em sua sedes;
- b) é dever exclusivo da empresa prestadora de serviço fazer o pagamento das verbas trabalhistas aos seus trabalhadores;
- c) a inobservância destas normas irá determinar a formação de vínculo de emprego entre a empresa tomadora e os empregados terceirizados.

1.7.4 Normatização das Cooperativas

O cooperativismo teve seu surgimento na Europa, no século XIX. Há registros de cooperativas na França, por reação de trabalhadores à Revolução Industrial. Na Inglaterra teve início em 1844 na cidade de Rochdale. Um grupo de 28 operários fundou uma sociedade denominada Probos Pioneiros de Rochdale, a qual constituía-se em um armazém destinado a auxílio mútuo às pessoas. Estabeleceram-se princípios tais como: adesão livre, gestão democrática, distribuição das sobras líquidas, juros limitados, constituição de fundo destinado a educação para os cooperados e o público em geral, ativa cooperação, nacional e internacional.⁸⁹

Tais cooperativas surgiram porque os trabalhadores haviam perdido seus postos de trabalho com o advento da Revolução Industrial. Desta forma estes

⁸⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 420.

⁸⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 87.

trabalhadores passaram a trabalhar nas fábricas locais por meio de grupos. A ideia era tanto suprimir o intermediário de mão de obra, como também a redução de custos com os quais o trabalhador individualmente não poderia arcar.

No Brasil as cooperativas surgem com o movimento sindical. O primeiro diploma legal a tratar o assunto é a Lei nº 1.637, de 1907, que no seu art. 10 estabelecia que “as sociedades cooperativas, que poderão ser anônimas, em nome coletivo ou em comandita, são regidas pelas leis que regulam cada uma destas formas de sociedades, com as modificações estatuídas na presente Lei”.⁹⁰ Esta norma foi regulamentada pelo Decreto nº 22.239, de 19 de dezembro de 1932. Este decreto foi revogado e revigorado por diversas vezes, até que em 21 de novembro de 1966 foi revogado de forma definitiva.

Existem diversos dispositivos normativos esparsos tratando do assunto cooperativas de forma ampla e das cooperativas de mão de obra de forma particular.⁹¹

Já na Constituição Federal encontram-se normas:

- a) regulando as cooperativas de mão de obra no inciso XVIII do art. 5º da Constituição Federal, determinando a desnecessidade de autorização prévia para o seu funcionamento;
- b) regulando a tributação relativa às cooperativas, no art. 146, III, “c”;
- c) de estímulo à criação de cooperativas no art. 174, §§ 2º 3º e 4º;
- d) de política agrária voltada ao cooperativismo no art. 187, VI;
- e) regulando as cooperativas de crédito (art. 192, III).

Adicionalmente tem-se ainda:

- a) no Código Civil de 2002 nos arts. 1.092 a 1.096 a normatização relativa à sociedade cooperativa;
- b) na Lei nº 5.764/71, o regime jurídico geral das cooperativas;

⁹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 88.

⁹¹ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 406.

- c) a Lei nº 8.949/94, que altera o art. 442 da CLT, acrescentando-lhe o parágrafo único, o qual se estuda a seguir pela sua importância para o tema);
- d) a Lei nº 9.711/98, a qual trata das alíquotas do INSS envolvendo vários tipos de pessoas jurídicas, inclusive cooperativas;
- e) a Lei nº 9.867/99, a qual dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sócias.

A Lei nº 8.949, de 09 de dezembro de 1994, acrescentou o parágrafo único do artigo 442 da CLT, com o seguinte texto: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”⁹²

Tal preceito, ainda que inadvertidamente, introduziu uma nova forma de terceirização. Conforme Delgado, a finalidade deste dispositivo normativo “[...] teria sido o de retirar do rol empregatício relações próprias às cooperativas – desde que não evidenciada a roupagem ou utilização meramente simulatória de tal figura jurídica.”⁹³ Entretanto o que ocorreu foi completamente diverso. Observou-se o surgimento de uma grande quantidade de terceirizações utilizando-se da figura da cooperativa. A ordem jurídica nesse caso favoreceu a prática cooperativista envolvendo produtores e profissionais autônomos.

Em 20 de julho de 2012 ocorreu a promulgação da Lei nº 12.690, com o objetivo de regular a organização e funcionamento das Cooperativas de Trabalho. Esta lei também instituiu o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho e revogou o parágrafo único do artigo 442 da CLT que viu-se anteriormente. A nova lei não modificou a abordagem até então vigente, vindo antes a reforçar o que era anteriormente determinado.⁹⁴

⁹² BRASIL. Lei nº 8.949, de 09 de dezembro de 1994. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8949.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 442.

⁹⁴ DELGADO, Loc. Cit.

2 TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

2.1 CARACTERIZAÇÃO

Importante aqui destacar a diferenciação conceitual entre Administração Pública e serviço público. Embora algumas vezes sejam, de forma inadequada, tomados como sinônimos na verdade são conceitos distintos.

A Administração Pública tem vários conceitos aceitos na doutrina. De forma simplificada pode-se dizer que Administração Pública:

“é a gestão dos interesses públicos por meio da prestação de serviços públicos, sendo dividida em administração direta e indireta. Em outras palavras, administração pública é a gestão dos interesses públicos por meio da prestação de serviços públicos, sendo dividida em administração direta e indireta.”⁹⁵

A conceituação do que venha a ser serviço público também não encontra unanimidade, havendo na doutrina diversos conceitos. Na conceituação proposta por Melo:

Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁹⁶

Esse conceito refere-se aos serviços que são utilizados pela comunidade de forma geral. Entretanto têm-se também os serviços públicos que são úteis mesmo sem serem diretamente fruíveis pelos administrados singularmente.

Meirelles propõe um conceito que é mais compacto, mas é simultaneamente mais amplo e abrangente, dizendo que “serviços públicos são aqueles prestados pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para

⁹⁵ Brasil Escola – Administração Pública – Conceito. Disponível em:

<<http://www.brasilecola.com/politica/administracao-publica.htm>>. Acessado em: 11 nov. 2014.

⁹⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 620

satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.”⁹⁷

Embora seja inegável que a Administração Pública presta um importantíssimo serviço à população, tal serviço, do ponto de vista econômico não busca o ganho econômico, na medida que não se trata de atividade geradora de riquezas. O ente público ao realizar sua função administrativa o faz simplesmente na busca do atendimento do interesse público, sem visar lucro. Ao contrário das empresas privadas, a Administração Pública não tem um produto final. Sua finalidade precípua é atender às necessidades da sociedade, tais como educação, cultura, segurança, saúde, etc.

Outro conceito de Administração Pública diz que:

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisáveis pelo Judiciário.⁹⁸

Percebe-se da leitura dos conceitos até aqui examinados, que a Administração Pública é exercida pelo Estado diretamente ou por quem aja de forma delegada. Tem-se de forma clara a predisposição da Administração Pública para a terceirização dos serviços públicos, algo que lhe é inerente.

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

A delimitação do que vem a ser atividade-meio na administração pública não é uma tarefa de fácil execução. Isto por que o serviço público tem aspectos que lhe são peculiares, com diferenças marcantes em relação às empresas de iniciativa privada. A começar pela natureza da sua existência. Diferentemente de empresas

⁹⁷ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.294.

⁹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34.

privadas, a Administração Pública, em qualquer esfera de governo, não visa lucro. Não têm acionistas preocupados com o desempenho financeiro e mercadológico. Não fabrica um produto específico que deva ser colocado no mercado e sobre o qual se possa dizer que é sua razão de existir.

Por outro lado, é de se notar que, na busca do atendimento das necessidades da população, para cada atividade de prestação de serviço público que atinge o cidadão, há também um número elevado de atividades acessórias que, embora não atendendo a população diretamente, fazem parte de uma cadeia de eventos que levarão ao atendimento daquela necessidade. Em outras palavras, é grande o número de atividades dentro da Administração Pública de todas as esferas de poder as quais podem receber o rótulo de atividade-meio.

Entretanto, a terceirização no serviço público de modo geral, não é realizada de forma adequada. Problemas estruturais fazem com que a terceirização não represente a garantia na execução adequada do serviço. Algumas vezes a terceirização acarreta custos maiores do que aqueles que se teria com a execução da tarefa pela própria administração pública, embora isto seja algo de difícil mensuração. Terceirizar nem sempre é a resposta. “Não acreditamos possa a terceirização constituir uma solução para todos os problemas empresariais.”⁹⁹ Este mesmo raciocínio com certeza vale também para o serviço público. Embora possa aparecer como solução administrativa, muitas vezes terceirizar significa ter um serviço inadequado, ainda que a preços aparentemente vantajosos, pelo fato de não haver vínculo empregatício com os trabalhadores.

Outro ponto que traz uma desvantagem importante na terceirização dos serviços públicos é o fato de que a Administração Pública não consegue, na maioria das vezes, realizar de forma adequada a fiscalização das tarefas executadas pelos prestadores de serviço. Em muitos casos a fiscalização não é realizada por que não há servidores do quadro efetivo alocados para esta atividade. Em outras situações tal fiscalização é feita por servidores despreparados, o que resulta em um procedimento ineficaz, acarretando muitas vezes em retrabalho posterior, com custos de não conformidade que são absorvidos pela Administração Pública, ainda que não de forma clara e evidente.

⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 424.

A terceirização dos serviços públicos não pode ser feita de forma apressada. Requer um planejamento estratégico que envolva não apenas a liberação da administração em relação à tarefa que será terceirizada, mas principalmente a forma como tal atividade será fiscalizada pelo poder público. Tal necessidade pode ser confirmada quando se verifica a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região envolvendo responsabilização subsidiária da Administração Pública por créditos trabalhistas inadimplidos por empresas prestadoras de serviços por ela contratadas. São inúmeros os casos de condenação em 2º grau do ente público por culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

A existência de contratos com cláusulas de responsabilização das empresas nas hipóteses de execução insatisfatória é uma das partes fundamentais do negócio jurídico, mas não é suficiente. Devem ser previstos também mecanismos que permitam a fiscalização efetiva levada a efeito pela Administração Pública, com servidores do quadro incumbidos desta tarefa, como forma de fazer valer tais cláusulas. Assim seriam evitados resultados como aqueles de que se toma conhecimento pela mídia cotidianamente, envolvendo obras inacabadas, descumprimento de prazos contratuais e até desabamento de construções pelo uso de materiais inadequados.

2.2 NORMAS DE TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Conforme Delgado¹⁰⁰, descontando as poucas referências sobre empreitada que constam na CLT, as primeiras normas a tratarem de terceirização, embora não com esse nome, ocorreram no segmento estatal com a edição do Decreto-lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Esse Decreto-lei teve como escopo a reforma administrativa da Administração Federal. Já em seu artigo 6º ele estabelece princípios fundamentais a serem obedecidos pela Administração Federal. Percebe-se nos incisos III e IV que na eleição dos princípios norteadores deste dispositivo normativo, ficou evidenciada a finalidade de descentralizar atividades, como se vê abaixo destacado:

¹⁰⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 439.

Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

- I - Planejamento.
- II - Coordenação.
- III - Descentralização.**
- IV - Delegação de Competência.**
- V - Controle. (grifos acrescentados).¹⁰¹

Em seu artigo 10 este Decreto-lei estabelece a forma pela qual seria realizada a descentralização da Administração Federal. Nos dispositivos constantes dos seus parágrafos verifica-se a intenção da Administração Federal de terceirizar parte importante das atividades, como se vê abaixo, com especial atenção para o parágrafo 1º, alínea c e para o parágrafo 7º, em destaque, onde fica clara a ideia de repassar parte da atividade administrativa atinente à execução para a iniciativa privada:

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

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

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

§ 3º A Administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, em princípio, ao nível de execução, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público.

§ 4º Compete à estrutura central de direção o estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios, que os serviços responsáveis pela

¹⁰¹ BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/del0200.htm>. Acessado em 12 out. 2014.

execução são obrigados a respeitar na solução dos casos individuais e no desempenho de suas atribuições.

§ 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

§ 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.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional. (grifos acrescidos).¹⁰² (grifos acrescidos).

Com este Decreto-lei inaugurou-se no país a terceirização na forma positivada, embora apenas voltada para a Administração Federal e para atividades de cunho operacional. Principalmente da leitura do §7º anteriormente mostrado, vê-se que este Decreto-lei “[...] estabeleceu um novo modelo administrativo público, fortemente influenciado pelo gerencialismo produtivo de cunho neoliberal, bem como pelo desenvolvimento de novas tecnologias que modificaram a organização do trabalho [...]”.¹⁰³ Embora ainda não fosse conhecida pelo neologismo que viria a ser seu nome, tal iniciativa foi adotada como forma de resolver problemas de gestão de mão de obra e realização de tarefas de cunho meramente operacional repassando-as para terceiros, objetivado principalmente impedir o crescimento descontrolado da máquina administrativa.¹⁰⁴

Percebe-se ao ler o parágrafo 7º anteriormente citado que o mesmo incentivava a administração pública a desincumbir-se de tarefas de cunho instrumental repassando-as sempre que possível à execução indireta mediante

¹⁰² BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/del0200.htm>. Acessado em 12 out. 2014.

¹⁰³ GÓES, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 132.

¹⁰⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 423.

contrato. Pelo fato de que a administração pública submete-se ao princípio da legalidade, a partir deste Decreto-lei ficou evidenciada a autorização para a terceirização.¹⁰⁵ Assim, com permissão legal começaram a surgir empresas especializadas na prestação de serviços para a administração pública na União, Estados e Municípios.

Com a descentralização administrativa patrocinada pelo Decreto-lei nº 200/67, a Administração Federal pôde contar com a redução de custos e o incremento da eficiência administrativa através da transferência, para entes de administração indireta (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista, empresas públicas) e empresas privadas, de atividades que antes eram mantidas pela administração direta. Faltava ainda definir quais seriam as tarefas a Administração Pública poderia descentralizar.¹⁰⁶

Esta indefinição veio a ser resolvida quase quatro anos depois com a publicação da Lei nº 5645, de 10 de dezembro de 1970, cujo objetivo foi estabelecer uma classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais.

Nos artigos 2º e 3º a lei fazia uma divisão das atividades da Administração Pública, como se lê:

Art. 2º Os cargos serão classificados como de provimento em comissão e de provimento efetivo, enquadrando-se, basicamente, nos seguintes Grupos:

De Provimento em Comissão

I - Direção e Assessoramento Superiores.

De Provimento Efetivo

II - Pesquisa Científica e Tecnológica

III - Diplomacia

IV - Magistério

V - Polícia Federal

VI - Tributação, Arrecadação e Fiscalização

VII - Artesanato

VIII - Serviços Auxiliares

IX - Outras atividades de nível superior

X - Outras atividades de nível médio.

¹⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 440.

¹⁰⁶ GOÉS, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 133.

Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

I – Direção e Assessoramento Superiores: os cargos de direção e assessoramento superiores da administração cujo provimento deva ser regido pelo critério da confiança, segundo for estabelecido em regulamento.

II – Pesquisa Científica e Tecnológica: os cargos com atribuições, exclusivas ou comprovadamente principais, de pesquisa científica, pura ou aplicada, para cujo provimento se exija diploma de curso superior de ensino ou habilitação legal equivalente e não estejam abrangidos pela legislação do Magistério Superior.

III – Diplomacia: os cargos que se destinam a representação diplomática.

IV – Magistério: os cargos com atividades de magistério de todos os níveis de ensino.

V – Polícia Federal: os cargos com atribuições de natureza policial.

VI – Tributação, Arrecadação e Fiscalização: os cargos com atividades de tributação, arrecadação e fiscalização de tributos federais.

VII – Artesanato: os cargos de atividades de natureza permanente, principais ou auxiliares, relacionadas com os serviços, de artífice em suas modalidades.

VIII – Serviços Auxiliares: os cargos de atividades administrativas em geral, quando não de nível superior.

IX – Outras atividades de nível superior: os demais cargos para cujo provimento se exija diploma de curso superior de ensino ou habilitação legal equivalente.

X – Outras atividades de nível médio: os demais cargos para cujo provimento se exija diploma ou certificado de conclusão de curso de grau médio ou habilitação equivalente.

Parágrafo 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. (grifos acrescentados).¹⁰⁷

No parágrafo único do artigo 3º, o legislador tratou de delimitar as atividades que poderiam ser alvo de execução indireta. O mencionado parágrafo, posteriormente revogado, determinava que seriam, de preferência, objeto de execução indireta mediante contrato, as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 5645, de 10 de fevereiro de 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5645.htm>. Acessado em 12 out. 2014.

Com este rol aberto e não exaustivo, abriu-se uma porta para a terceirização de outras atividades dentro da administração pública.¹⁰⁸

Apesar da vigência do Decreto-lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645 a descentralização administrativa não apresentou o resultado planejado no que tange a redução de custos. Isto ocorreu porque, antes da Constituição Federal de 1988, não havia exigência legal de realização de concurso público para a contratação de empregados no setor público. A partir desta liberdade legalmente assegurada, o administrador público passou a utilizar-se da terceirização para várias atividades.

A terceirização tornou-se uma ferramenta muito útil, na medida em que resolvia as questões de necessidade de pessoal sem que fosse necessário promover a realização de concurso público. Tais cargos eram preenchidos então com contratações regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Dessa forma a Administração Pública manteve o sistema de preencher as vagas relativas a atividades de execução pela via da contratação direta sem concurso público.¹⁰⁹ Como resultado observou-se um crescimento desmedido no volume de contratações via terceirização.

De fato um dos fatores alegados para a utilização da terceirização de pessoal, era a ideia de que se estaria evitando a realização de concursos públicos que terminariam por incrementar a despesa com pessoal, além de aumentar o tamanho da máquina pública.

Se por um lado isto pode ser verdadeiro, também é verdade que o resultado alcançado foi diferente do esperado naquele momento. As contratações indiretas começaram a ocorrer de forma desenfreada, o que veio a ocasionar um crescimento desmedido das despesas com a terceirização.

Objetivando a redução de custos editou-se a Lei nº 5.845, de 6 de dezembro de 1972, que em seu artigo 2º, parágrafo 2º proibia “a contratação, ou respectiva prorrogação, de serviços, a qualquer título e sob qualquer forma inclusive com empresas privadas na modalidade prevista no § 7º do artigo 10 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, bem como a utilização de colaboradores eventuais,

¹⁰⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 424.

¹⁰⁹ GÓES, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 134.

retribuídos mediante recibo, para a execução de atividades compreendidas no Grupo-Serviços Auxiliares.”¹¹⁰

Ainda buscando a economia de recursos públicos, editou-se em 28 de dezembro de 1981 o Decreto nº 86.795, dispondo sobre a realização de despesas de pessoal.¹¹¹ Este decreto basicamente proibia a realização de novos contratos com empresas prestadoras de serviços, guardadas algumas exceções relativas à manutenção da estrutura organizacional já existente, como se lê nos parágrafos do artigo 1º:

Art. 1º. Fica vedada nos órgãos da Administração Direta, inclusive nos dotados de autonomia administrativa e financeira, nas entidades da Administração Indireta e Fundações instituídas pelo Poder Público, que recebam recursos à conta do Orçamento da União, a realização de despesas decorrentes de:

I - ingresso de pessoal, a qualquer título;

II - ampliação de mão-de-obra indireta, através de firmas particulares de prestação de serviços;

III - contratação de mão-de-obra indireta mediante convênio de qualquer natureza.

§ 1º. Excluem-se das disposições deste artigo as entidades que recebam recursos à conta do Orçamento da União unicamente para a constituição de capital social.

§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de:

a) preenchimento de cargos ou empregos que venham a vagar por exoneração, demissão, dispensa, rescisão de contrato, aposentadoria, falecimento e transferência ou movimentação de servidores, desde que não haja aumento da despesa em relação ao pessoal em atividade;

b) preenchimento de cargos ou funções de confiança de direção e assessoramento superiores (DAS) e de funções de assessoramento superior (FAS);

c) ampliação de mão-de-obra, prevista no inciso II deste artigo, para a execução de serviços de limpeza e higienização, decorrentes de acréscimo da área física ocupada, mantida, como limite máximo, a mesma relação de serviços por unidade de área, observada na situação anterior ao acréscimo.

¹¹⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 424.

¹¹¹ ARAÚJO, Loc. Cit.

§ 3º. Poderá ocorrer o preenchimento de vagas originárias de transferência ou movimentação, desde que verificadas, no máximo, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao novo provimento.¹¹²

Nos anos 90 ocorreu nova regulamentação destinada a disciplinar os contratos de terceirização nos serviços públicos¹¹³.

Primeiramente editou-se a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Esta lei tratou da regulamentação das ações de serviços públicos de saúde. Visava permitir a terceirização de tais serviços, regulamentando a determinação do artigo 198 da Constituição Federal. A tônica desta terceirização é a participação da iniciativa privada como complemento às ações do Sistema Único de Saúde, através de contrato ou convênio dando preferência a entidades de cunho filantrópico sem fins lucrativos, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 199 da Constituição Federal. Este dispositivo constitucional dando preferência a entidades filantrópicas tornou-se uma oportunidade para o crescimento das cooperativas.¹¹⁴

Em 1993 editou-se a Lei nº 8.666, de 21 de junho. Esta lei veio regulamentar o artigo 37 da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. A título de destaque reproduz-se aqui os dois primeiros artigos da lei com o intuito de tratar da sua abrangência:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

¹¹² BRASIL. Decreto nº 86.795, de 28 de dezembro de 1981. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-86795-28-dezembro-1981-436554-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em: 02 nov. 2014.

¹¹³ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 424..

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 425.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.¹¹⁵

Observa-se que o legislador tratou de abarcar todas as possíveis modalidades de prestação de serviço, obrigando todos os órgãos da administração direta, indireta, e ainda as sociedades de economia mista, autarquias, fundações públicas e empresas públicas. Enfim, buscou-se controlar toda e qualquer contratação que envolvesse de alguma forma a utilização de dinheiro público, o que destaca a importância deste diploma legislativo.

Importante destacar aqui o parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº 8.666 com sua nova redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995, o qual dispõe in verbis:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais **não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.¹¹⁶(grifos acrescentados)

Um terceiro instrumento legislativo de terceirização no serviço público foi a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Esta lei objetiva autorizar a administração pública a contratar pessoal por tempo determinado para o atendimento de necessidades excepcionais. Visa permitir a contratação sem realização de concurso público, para atendimento de situações de “necessidade temporária de excepcional interesse público”, as quais se encontram elencadas no artigo 2º da lei, que traz uma extensa relação de incisos e parágrafos, os quais terminam por abranger uma ampla gama de situações, algumas de interesse público discutível.

O quarto e último movimento dos anos 90 objetivando a regulamentação da terceirização no serviço público ocorreu com a edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Essa lei tem por objetivo a regulamentação do artigo 175 da Constituição Federal através da terceirização de serviços públicos nas modalidades de concessão e permissão. Ela define a concessão de serviço público como sendo a

¹¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

¹¹⁶ Loc Cit.

delegação, feita pelo poder concedente, que no caso é a União, através de licitação na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas. É admitida no texto desta lei a figura da subconcessão, desde que autorizada pelo poder concedente, e podendo estender-se a atividades auxiliares ao serviço concedido. A permissão de serviço público é uma delegação a título precário, mediante licitação, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica.¹¹⁷

Note-se que em todos os dispositivos acima verificados, o legislador tratou de definir expressamente quais as atividades poderiam ser terceirizadas. Com isto, ainda que de forma não exaustiva, estabeleceu quais seriam as atividades-meio da administração pública, o que não ocorre na iniciativa privada, onde não há legislação específica, ressalvadas as Leis nºs 6.019/74 e 7.102/83, que tratam respectivamente do trabalho temporário e dos serviços de vigilância.¹¹⁸

A jurisprudência brasileira inicialmente consagrava o entendimento de que haveria vínculo empregatício direto com a Administração Pública nos casos de terceirização fraudulenta ou inidoneidade da prestadora de serviços, como mostra a Súmula nº 214, de 3 de junho de 1986, do extinto Tribunal Federal de Recursos, *in verbis*: “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.”¹¹⁹ Entretanto, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se a obrigatoriedade, para a investidura em cargo público, da aprovação do cidadão em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme determina o art. 37, inciso II e § 2º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....
 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

¹¹⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 425

¹¹⁸ ARAÚJO, loc. cit.

¹¹⁹ BRASIL. Índice Fundamental do Direito. Tribunal Federal de Recursos. Súmula n. 214 - Prestação de Serviços de Caráter Continuado - Atividades de Natureza Permanente - Observância de Horário e Normas da Repartição - Relação Empregatícia. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr__214.htm>. Acessado em: 12 nov. 2014.

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;

.....

§ 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.

.....

Saliente-se que a obrigatoriedade de realização de concurso público abrange não apenas cargos públicos, mas também empregos públicos. Isto implica que os servidores públicos contratados através do regime da Consolidação das Leis do Trabalho também devem ser selecionados através de concurso público de provas ou de provas e títulos. Tal determinação abrange tanto a administração direta como a indireta, ou seja, autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas que atuem no mercado como agentes econômicos, sendo aplicável de forma cogente nas três esferas de governo.¹²⁰

A partir desta determinação constitucional, estabeleceu-se obstáculo expresso ao reconhecimento de vínculo de emprego com entes públicos, mesmo quando configurada a ilicitude na terceirização. A forma passou a ser fator primordial para a formação de vínculo trabalhista entre o servidor e o ente público, em detrimento da primazia da realidade, princípio que norteia o Direito do Trabalho.¹²¹

2.3 MODALIDADES ESPECIAIS

2.3.1 Licitação

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma das intenções do legislador pátrio, era a normatização das diversas relações Administração Pública com as empresas do segmento privado, envolvendo não apenas as compras como também a realização de obras e a prestação de serviços.

¹²⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 425

¹²¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 457.

Tal vontade era demonstrada pelo preceito constitucional expresso pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. O referido inciso mostra então a previsão constitucional, existente desde a publicação do referido diploma em 1988 a qual aguardava por regulamentação. Abaixo se reproduz o caput do artigo 37 da Constituição Federal e o seu inciso XXI para fins de ilustração:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....
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.¹²²

Em 1993 editou-se a Lei nº 8.666, de 21 de junho. Esta lei veio regulamentar o artigo 37 da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. A título de destaque reproduz-se aqui os dois primeiros artigos da lei com o intuito de tratar da sua abrangência:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.¹²³

¹²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2014.

¹²³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

Observa-se que o legislador tratou de abarcar todas as possíveis modalidades de prestação de serviço, obrigando todos os órgãos da administração direta, indireta, e ainda as sociedades de economia mista, autarquias, fundações públicas e empresas públicas. Enfim, buscou-se controlar toda e qualquer contratação que envolvesse de alguma forma a utilização de dinheiro público, o que destaca a importância deste diploma legislativo.

O extenso art. 6º da Lei nº 8.666, composto de diversos incisos apresenta, para fins desta lei, diversas definições terminológicas. Dessa forma tem-se a definição do que seja obra, serviço, execução indireta, tarefa, empreitada integral. Embora todas estas atividades possam ser entendidas como serviço a ser prestado por terceiros, cada uma delas têm uma definição especial nesta lei.

Já o inciso II do art. 6º da Lei nº 8.666, traz um rol de atividades consideradas como sendo de prestação de serviço, como segue abaixo:

II - Serviço - 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.¹²⁴ (grifos acrescentados).

Segundo leciona Sérgio Martins Pinto, o rol de atividades constante do dispositivo de lei acima referido é meramente exemplificativo, o que se depreende do uso da expressão “tais como”.¹²⁵ Esta construção textual deixa aberta a possibilidade de contratação de qualquer prestação de serviço, desde que a premissa básica do “interesse da Administração” seja atendida.

2.3.2 Contratação temporária

Conforme já examinado, o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal de 1988 trata da contratação temporária de servidores pela Administração Pública.

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

¹²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 154.

Estabelece em seu texto o que segue: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.¹²⁶

Apenas em 9 de dezembro de 1993 editou-se a Lei nº 8.745, cuja finalidade é regulamentar o referido inciso constitucional. A lei veio permitir a contratação por tempo determinado de pessoal para os quadros da Administração Pública federal sem a necessidade de cumprimento da formalidade da realização de concurso público.

É importante salientar que a referida contratação é autorizada apenas em situações excepcionais de interesse público, as quais se encontram elencadas em extensa lista de incisos no artigo 2º da lei acima referida.

2.3.3 Concessão e Permissão

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 175, permissão para que Administração Pública possa contratar com terceiros para a prestação de serviços, como se lê abaixo:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

¹²⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37, IX Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 out. 2014.

A regulamentação deste artigo constitucional foi realizada através da edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Esta lei estabelece o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

A concessão é um contrato administrativo onde a Administração Pública delega a um terceiro “a execução de um serviço, obra pública, ou cede o uso de um bem público, para que o execute por sua conta e risco, no prazo e condições estabelecidas, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração. [...] A permissão é um ato administrativo, unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso, em que a Administração Pública delega ao particular a execução de um serviço público ou a utilização de um bem público.”¹²⁷

Importante salientar que tanto a concessão como a permissão devem ser realizadas mediante licitação pública.

Adicionalmente Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 21, inciso XII a competência da União para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, vários tipos de serviços, como se lê:

Art. 21. Compete à União:

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Trata-se aqui de caso de previsão expressa de terceirização, a qual não tem relação com a Súmula nº 331, do TST.

¹²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 156.

2.4 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A primeira constituição do Brasil, denominada Constituição Imperial, que vigorou de 1824 até 1891, isentava totalmente o Imperador de qualquer responsabilidade. Tal dispositivo, entretanto se referia apenas à pessoa do Imperador e sua família. Os funcionários do Estado respondiam pelo dano causado por culpa.¹²⁸

No primeiro Código Civil brasileiro havia dispositivo determinando a responsabilidade subjetiva às pessoas jurídicas de direito público por prejuízos causados a terceiros. Mas havia a necessidade de o terceiro fazer a prova da culpabilidade do agente, sem a qual não era possível a responsabilização. Tal previsão também ocorreu nas Cartas Constitucionais de 1934 e 1937.

Desde a Constituição de 1946 houve mudança na regra e a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, embora ainda prevalecessem alguns conflitos doutrinários e jurisprudenciais no que tangia à diferenciação entre atos de gestão e atos de império, e direcionando a estes últimos a responsabilidade estatal.¹²⁹

O Brasil é um Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 estabelece como fundamentos entre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, não sendo cabível imaginar-se uma situação em que sejam inaplicáveis tais fundamentos.¹³⁰

A Constituição Federal de 1988 aponta a responsabilidade objetiva do Estado no 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.¹³¹ (grifos acrescidos)

¹²⁸ Mello apud COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Volume 2: Obrigações, Responsabilidade Civil*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 382.

¹²⁹ MEIRELES apud COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Volume 2: Obrigações, Responsabilidade Civil*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 382.

¹³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 470.

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37, § 6º Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 out. 2014.

Trata-se aqui da positivação em nossa Lei Maior do instituto da responsabilidade objetiva, a qual diz respeito a qualquer dano, que possa ser causado por qualquer agente, seja pessoa física ou jurídica.¹³²

O preceito legislativo trazido pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é plenamente aplicável quando a Administração Pública é prestadora de serviço. Paralelamente, como se lê na parte grifada, também o é naqueles casos onde se tem empresas privadas prestando serviço público por delegação legalmente efetuada por agente público, que tenham causado um dano a terceiros em decorrência de atitude culposa.

A responsabilidade do Estado objetiva tem como finalidade a realização do interesse público, que deve ter seus custos suportados por toda a sociedade. Independentemente da licitude ou ilicitude do agente durante a execução do ato causador do dano, a responsabilidade objetiva subsiste.

Cabe salientar-se que, nos casos de ilicitude por culpa ou dolo do agente, o Estado tem direito de ação de regresso contra ele. Em outras palavras, o Estado paga ao cidadão prejudicado e posteriormente recupera do agente culpado o valor gasto com a indenização ao cidadão prejudicado.

A responsabilidade do Estado é objetiva em qualquer hipótese, independentemente se decorreu de ação ou omissão, de qualquer pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, etc.) e empresas de direito privado que prestam serviço público (concessionárias de transporte, de rodovias, de telecomunicações, etc.).

Nas situações de terceirização de mão de obra, a Administração Pública é tomadora do serviço. As empresas terceirizadas estão na condição de prestadoras de serviço. Aquelas prestadoras de serviço delegado que envolve qualquer espécie de atendimento ao público estão na posição de agente público, podendo, portanto ser responsabilizadas por danos causados a terceiros. Situação diversa ocorre nos casos de empresas prestadoras de serviço prestando um serviço para outra empresa privada, onde o referido parágrafo não é aplicável.

¹³² MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 148.

Se no que tange à responsabilidade objetiva do Estado na esfera civil não resta dúvida, o mesmo não ocorre em relação à responsabilidade do Estado como tomador de serviços terceirizados. Como já verificado anteriormente, a terceirização de mão de obra é na verdade uma relação trilateral, mas não há um contrato assinado pelas três partes envolvidas. Existem dois contratos que não se comunicam. Um contrato de trabalho entre o empregado e a empresa prestadora de serviços e um contrato civil entre a empresa prestadora de serviço e o órgão público onde o empregado trabalha. Nessas condições não há falar em responsabilidade solidária, na medida em que esta só pode existir em decorrência de lei ou da vontade das partes envolvidas naquela contratação civil.¹³³

Embora não existindo a responsabilidade solidária por parte da Administração Pública quanto aos inadimplementos decorrentes de contratação de trabalhadores terceirizados, não se pode negar a existência da responsabilidade subsidiária.

A responsabilidade subsidiária consiste em um instrumento do Direito objetivando garantir o adimplemento de prestações obrigacionais. Desse modo o credor pode mover ação em face do devedor principal e do responsável subsidiário. Caso o devedor deixe de cumprir a obrigação o responsável subsidiário deve arcar com o pagamento.¹³⁴ Importante frisar que o credor não pode cobrar diretamente do responsável subsidiário. Deve primeiramente buscar ser pago pelo devedor principal.

Em 21 de dezembro de 1993 ocorreu a revisão da Súmula nº 256 através da edição da Súmula nº 331, que objetivava dar mais flexibilização às contratações, embora não se afastando completamente da direção apontada pela súmula substituída,¹³⁵ como já visto anteriormente.

Em 11 de setembro de 2000, a Resolução nº 96 do TST deu nova redação ao inciso IV como forma de estabelecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública frente ao inadimplemento de obrigações trabalhistas oriundo de contratações terceirizadas, com a seguinte redação:

¹³³ BRASIL. Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Art. 265. Acessado em: 02 nov. 2014.

¹³⁴ SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 70.

¹³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 424.

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).¹³⁶ (grifos acrescidos).

Mais recentemente, em 24 de maio de 2011, através da Resolução nº 174 do TST foi estabelecido novo entendimento determinando que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública só ocorrerá se houver conduta culposa. A referida conduta deverá ser evidenciada por meio de provas. Determinou-se alteração no inciso IV de forma a excluir daquele dispositivo a Administração Pública e paralelamente foi criado o inciso V, este sim dedicado à Administração Pública, e o inciso VI, cuja finalidade é reforçar a responsabilidade subsidiária do tomador pela totalidade das verbas trabalhistas. Os incisos então passaram a ter a redação que segue:

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

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

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

Com isso tem-se que, afóra o fato de a responsabilidade da Administração Pública frente aos inadimplementos trabalhistas de empresas terceirizadas ser apenas subsidiária, ela ainda dependerá da prova da ocorrência de conduta culposa do agente público.

¹³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 12 out. 2014.

2.5 RESPOSTA DA SÚMULA Nº 331 DO TST

Conforme viu-se anteriormente, a Súmula nº 331 do TST aponta em seu inciso IV a responsabilidade subsidiária do tomador de mão de obra. Esta responsabilidade subsidiária é aplicável também nos casos de terceirização realizados por entes da Administração Pública.

Entretanto, ao elaborar a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o legislador pátrio aparentemente quis excluir os entes públicos desta responsabilização. Verifica-se tal intenção expressa no §1º do art. 71, com o seguinte texto:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.¹³⁷

Segundo Delgado, a jurisprudência não tem apoiado a tese de ausência de responsabilização do Estado e seus entes diante dos resultados trabalhistas das terceirizações realizadas pela Administração Pública.¹³⁸ Aduz que a Súmula nº 331 do TST, editada em 1993, quando já vigorava a Lei nº 8.666, cita os entes estatais apenas para reafirmar a vedação constitucional de impossibilidade de estabelecimento de relação empregatícia de qualquer trabalhador com a Administração Pública sem a prestação de concurso público, como determina o inciso II.

Mas a súmula nada fala sobre isentar a responsabilização do Estado. E de fato, seria um grande erro se o fizesse, na medida em que mesmo nas constituições editadas sob a égide do autoritarismo nunca houve tal exceção. A ideia de um Estado irresponsável é completamente contrária a concepção de Estado Democrático de Direito estabelecida na Constituição Federal de 1988.¹³⁹

¹³⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

¹³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 469.

¹³⁹ DELGADO, loc. cit.

Embora se possa aceitar que seja inaplicável a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de inadimplemento de créditos trabalhistas decorrentes de contratos de terceirização, não se pode negar a incidência de responsabilidade subjetiva do órgão estatal tomador da mão de obra.

A Administração Pública, mesmo com todo o cabedal legislativo instituído para a sua proteção, pode deparar-se com situações onde ocorra a incidência de responsabilização subjetiva.

Quando um ente público realiza uma terceirização de mão de obra com empresa inidônea, que venha a tornar-se inadimplente em relação aos créditos trabalhistas de seus trabalhadores ocorre situação de culpa *in eligendo* (configurada quando o contratante escolhe mal a empresa a ser contratada).

Delgado sustenta que este elemento de culpa pode estar presente mesmo que a seleção tenha sido feita por meio de processo licitatório. Segundo afirma, a “escolha licitada de empresa inidônea, manifestamente descumpridora de obrigações trabalhistas, sem lastro econômico e financeiro para gerir centenas ou milhares de contratos de terceirização, ou exemplo similar, obviamente não provoca a elisão de culpa *in eligendo*[...]” .¹⁴⁰ A Lei nº 8.666 resolve do ponto de vista jurídico a questão das contratações públicas, incluindo a terceirização de mão de obra, na medida em que estabelece ritos e procedimentos a serem atendidos, tanto pelas empresas como pelos agentes públicos na realização das contratações. Entretanto na prática não garantia de sucesso. Se uma futura contratada cumprir as formalidades legais de um processo licitatório e vier a tornar-se vencedora, a Administração Pública, direta ou indireta ou qualquer de seus órgãos será obrigada contratá-la, em atendimento à vinculação imposta pela lei.

Na medida em que as contratações são feitas em pleno atendimento às determinações legais, tem-se como atendido o comando legislativo. A ocorrência *a posteriori* de inadimplemento por parte da empresa terceirizada em relação aos créditos trabalhistas não é problema da Administração Pública, como preceitua o já citado dispositivo:

¹⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 470.

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.¹⁴¹

Assim cria-se uma situação onde a Administração Pública se isenta da responsabilidade pelos créditos trabalhistas, ficando o trabalhador, que já é personagem hipossuficiente e vulnerável nesta relação trilateral, sem ter a quem recorrer. Dito de outra forma criou-se um dispositivo normativo para afastar a responsabilidade da Administração Pública pela má escolha em relação à empresa contratada.

Entretanto, ainda que não seja admitida a primeira dimensão da culpa (*culpa in eligendo*), não há como deixar de admitir a existência da outra dimensão. Trata-se da culpa *in vigilando*, que se refere à responsabilidade da Administração Pública pela fiscalização das obrigações contratuais das empresas terceirizadas.

Desse modo, mesmo ficando afastada a tese da responsabilidade objetiva do Estado, não há como afastar a responsabilidade subjetiva. A obrigação do Estado em relação à atividade de fiscalização das obrigações trabalhistas das empresas fornecedoras de mão de obra é indiscutível, na medida em que decorre da própria Lei nº 8.666, como segue:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

.....

III - fiscalizar-lhes a execução;

.....

A responsabilidade subjetiva por culpa *in vigilando* existe no sistema jurídico brasileiro desde o Código Civil de 1916. A Constituição de 1946 determinou mudança nesta regra e a responsabilidade civil do Estado passou a ser objetiva e assim tem sido desde então. Esta mudança é voltada para permitir a socialização

¹⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

dos custos da atividade estatal, cuja finalidade é a realização do interesse público, devendo por isso ser suportada por toda a sociedade.¹⁴²

Atualmente se verifica nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, sendo plenamente aplicável a responsabilidade civil a qualquer pessoa física ou jurídica, inclusive a Administração Pública.

Parte da doutrina entende que a responsabilidade do Estado é objetiva seja qual for a hipótese que esteja em análise. Não importaria se a conduta teria sido comissiva ou omissiva. Em contrapartida há doutrinadores que entendem que somente a conduta comissiva da Administração Pública levaria a uma responsabilização objetiva, ficando a responsabilidade subjetiva ligada aos atos e ações omissivas.

Em 11-9-2000 a Súmula nº 331 passou por um aperfeiçoamento através da Resolução nº 96, do TST, onde o inciso IV teve sua redação alterada de modo que a responsabilidade subsidiária, que até então era voltada apenas para a iniciativa privada, abrangesse também todos os órgãos da administração direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, passando então a vigorar com o seguinte teor:

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). (grifos acrescidos).¹⁴³

Esta configuração da súmula deixava clara a extensão da responsabilidade trabalhista pela terceirização de todos os entes estatais.

Em 2010 ocorreu importante decisão do STF na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, de 24-11-2010. Tratava-se do julgamento da constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666, de 21-6-93, por conta de diversas reclamações (RCLs) contra decisões do TST que estavam chegando

¹⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Volume 2: Obrigações, Responsabilidade Civil*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

¹⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 449.

naquele órgão judiciário. A decisão do STF foi no sentido da constitucionalidade do referido preceito normativo.

Abaixo reproduz-se a ementa do acórdão:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

(ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011).¹⁴⁴

Dessa forma ficou confirmado de forma definitiva o entendimento que afasta a responsabilidade objetiva da Administração Pública e seus órgãos pelo inadimplemento das empresas terceirizadas em relação às verbas trabalhistas.

Importante salientar que o julgamento foi por maioria. O ministro Ayres Brito endossou apenas parcialmente a decisão do Plenário, mas deixou registrada a sua posição contrária. Segundo suas palavras:

Só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária. A terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.¹⁴⁵

Em função desta decisão do STF, o Tribunal Superior do Trabalho efetuou ajustes no enunciado da Súmula nº 331, de modo a adaptá-lo à decisão do STF sobre a ADC nº 16. Em 24-5-2011, através da Resolução nº 174, de 24-5-2011, foi dada a atual redação ao enunciado.

Conforme já examinado, tais ajustes envolveram: (1) a alteração do item IV, de modo que passasse a contemplar os demais agentes econômicos da

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 16 – Ementa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=A>>. Acessado em: 30 nov. 2014.

¹⁴⁵ Ibidem.

sociedade,¹⁴⁶ (2) a criação do item V, o qual trata especificamente das questões envolvendo a administração direta e indireta, e a criação do item VI, que reforça a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

O item modificado e os dois itens acrescidos ficaram com a seguinte redação:¹⁴⁷

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

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

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

Além de contemplar as determinações dos diplomas legislativos supracitados (Decreto-lei nº 200/67 e na Lei nº 5.645/70), constata-se também na súmula, no que tange a responsabilidade:

- a) a determinação normativa de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto ao adimplemento das obrigações trabalhistas, no item IV;
- b) a determinação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta, nos casos de conduta culposa no cumprimento das obrigações decorrentes da Lei nº 8.666/93, no item V;
- c) um reforço no sentido de esclarecer a amplitude da responsabilidade subsidiária do tomador, pela totalidade das verbas trabalhistas devidas em decorrência de condenação em processo trabalhista, no item VI.

¹⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 449.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 12 out. 2014.

Segundo Delgado, o STF, ao julgar constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93, entendeu ser necessário verificar a existência de culpa *in vigilando* do Estado em relação aos contratos de terceirização. Esta culpa adviria da inadimplência do Estado quanto à fiscalização que deveria exercer sobre a empresa terceirizante, mas não do texto do art. 71 da Lei nº 8.666.¹⁴⁸

Por tanto, o texto renovado da Súmula nº 331 divulgado em 2011, elimina a responsabilidade objetiva, assim como também a responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo*. Mas mantém, segundo o STF, a responsabilidade subjetiva por culpa *in vigilando*, que se configura na omissão do dever de fiscalização, pois do contrário se estaria isentando totalmente a Administração Pública quanto a responsabilização na contratação de mão de obra terceirizada.¹⁴⁹

2.6 PERSPECTIVAS FUTURAS

O Estado legislador não pode ficar alheio aos acontecimentos. É inegável que a terceirização é uma das formas de flexibilização das relações trabalhistas que em vários países já demonstrou ser fator de desenvolvimento econômico indiscutível. Sabe-se que a terceirização é responsável pela existência hoje em nosso país de mais de 10 milhões de empregados e mais de 30 mil empresas. Estes dados por si só demonstram que já não é possível conceber-se o mercado de trabalho e mesmo a economia do país sem a terceirização.

Mas algum cuidado se impõe. Assim como não se pode desconhecer os benefícios que terceirização trouxe, também não se pode deixar de considerar os prejuízos decorrentes de sua aplicação, especialmente no que diz respeito aos trabalhadores. Se por um lado ela propicia a criação de maior número de empregos, também é verdade que os níveis salariais são nivelados por baixo. Além de outros pontos negativos, tais como: serviços e produtos com qualidade inferior, impactos ambientais, licitações fraudadas, evasão fiscal pela não arrecadação de tributos, incremento das demandas trabalhistas, aumento no número de demandas

¹⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 471.

¹⁴⁹ DELGADO, Loc. Cit.

previdenciárias e o Estado atuando como um dos agentes de precarização das relações trabalhistas, entre outros.

E a Administração Pública contribui fortemente para este cenário negativo. Como se sabe, a Administração Pública só pode contratar pela via da licitação, que por definição contrata a empresa que oferece o melhor preço, de modo a propiciar a economia de recursos públicos. Consequentemente, não é surpresa que as empresas ganhadoras sejam aquelas que pagam os salários mais baixos permitidos por lei, configurando assim evidente prejuízo ao trabalhador. E o quadro é ainda pior se levar-se em conta o fato de que a Administração Pública é certamente o maior cliente das empresas de terceirização de mão de obra.

Se a atual situação para o trabalhador está bastante prejudicial, para o futuro próximo ela pode ainda piorar. Tramitam no legislativo pátrio vários projetos de lei visando a terceirização. Um deles é o Projeto de Lei nº 4.330, de autoria do Deputado Federal Sandro Mabel, do PMDB eleito por Goiás. O projeto do deputado, também empresário, tem quatro pontos polêmicos que apontam para flagrante anulação de direitos dos trabalhadores.

Primeiramente, permite a contratação de trabalhadores para a realização de atividades-fim. Em outras palavras, as empresas poderiam terceirizar qualquer atividade dentro do seu espectro de tarefas. Além disso, o projeto prevê a possibilidade de qualquer atividade dentro de uma empresa ser repassada para uma terceira, quarta, enfim um sem número de subcontratações atendendo às opções empresariais.

Um segundo ponto polêmico se refere à definição sobre a responsabilidade da empresa tomadora (contratante) ser solidária ou subsidiária, como quer o projeto.

O terceiro ponto de interesse se refere à garantia dos direitos trabalhistas aos empregados terceirizados, especialmente a representação sindical. Trata-se de ponto muito polêmico na medida em que propõe os empregados terceirizados tenham uma representação sindical também terceirizada, afastada dos sindicatos de trabalhadores contratados pela via direta. Tal situação se configura como um tratamento completamente afastado de qualquer ideia de tratamento isonômico, constituindo-se em flagrante discriminação autorizada caso o projeto seja aprovado.

Por último, talvez o ponto mais importante, tem-se a questão da terceirização no serviço público. A proposta do projeto de lei autoriza a Administração Pública a contratar terceirizados para qualquer atividade exercida dentro dos órgãos da Administração direta e indireta, excetuando-se apenas aquelas funções entendidas como sendo exclusivas de Estado, como a fiscalização e a regulamentação. Esta ideia simplesmente apaga da Constituição Federal de 1988 a exigência da realização de concurso público para acesso aos quadros funcionais da Administração Pública direta e indireta.

Como se vê, as perspectivas não são nada alentadoras do ponto de vista dos trabalhadores não apenas da iniciativa privada, mas também para os servidores públicos. A situação atual já é bastante negativa para o trabalhador. Como viu-se anteriormente, chegou-se a um percentual acima de 20% da força trabalhadora atuando como terceirizados e o número tende a crescer. O PL-4330 com suas propostas tende a dificultar ainda mais esta situação pela ampliação, nessa hipótese autorizativa, do campo de aplicação das contratações de mão de obra terceirizada.

Nas palavras de Valdete Souto Severo, “Os trabalhadores não querem caridade. Essa é uma lógica liberal que precisa ser superada. De nada serve o bolsa-família ou o bolsa-escola, se não existem empregos seguros e estáveis, se a remuneração continua sendo vilipendiada pela dupla (ou tripla) exploração da mão de obra através de empresas interpostas.”¹⁵⁰

¹⁵⁰ SEVERO, Valdete Souto. Não à terceirização. Jornal O Sul. Porto Alegre, texto eletrônico, 24/06/2013. Disponível em: <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/Telas/TTitulosDetalhe.php?pag=37>>. Acessado em: 07/12/2014.

CONCLUSÃO

A dinâmica da sociedade impõe a necessidade de constante adaptação a novas formas de fazer e de lidar com diferentes situações. Isto ocorre em todos os campos de interesse, abrangendo talvez com maior impacto o campo da economia.

A cada dia novas ideias são colocadas em prática, visando o lançamento de novos produtos e serviços no mercado, tornando a competição entre as empresas cada vez mais acirrada. A economia cada vez mais globalizada determina a busca por novas formas de produção e comercialização.

Esta competição faz com que as empresas que queiram continuar no mercado, se utilizem de todos os recursos disponíveis para a obtenção de um desempenho econômico competitivo.

Com este cenário, percebe-se que a busca por flexibilização das relações trabalhistas será cada vez mais intensificada. A forma usual de relação bilateral com proteção estatal do trabalhador visto pelo ordenamento jurídico como hipossuficiente é cada vez mais questionada.

Vários setores da sociedade, principalmente o empresariado, buscam a desregulamentação do Direito do Trabalho como forma de economizar com a contratação de trabalhadores, na medida em que as normas sejam flexibilizadas. Pretendem que todas as questões envolvendo o Direito do Trabalho sejam resolvidas no âmbito da negociação.

Mas como poderá ocorrer tal negociação quando uma das partes é tão mais poderosa que a outra? Que força teria o trabalhador para fazer valer a sua vontade em detrimento do empregador? Qual a força coativa faria o empregador aceitar e honrar acordos que lhes fossem pouco vantajosos?

É evidente que os trabalhadores inseridos que estão em um mercado de trabalho capitalista, não podem ficar sem a proteção do Estado. Proteção esta sem a qual o trabalhador poderia até abrir mão de direitos para poder obter supostas vantagens financeiras.

Como se não bastasse tem-se ainda a ameaça da desregulamentação ameaçando atingir também os servidores públicos concursados, algo que envolve

milhares de trabalhadores que até então contavam com a segurança jurídica proporcionada pela Constituição Federal de 1988, que o referido projeto pretende fragilizar.

Afora todas estas considerações, tem-se ainda o fato de que o projeto de lei nº 4330, cujo propósito é ampliar o leque de possibilidades de terceirização, tramita em nosso legislativo de forma quase velada, na medida em que não há divulgação de seus passos pela mídia, talvez interessada em sua aprovação furtiva.

Agentes econômicos e políticos estão pretendendo sepultar os direitos trabalhistas conquistados pelos trabalhadores há décadas como forma de otimizar a competitividade das empresas. E tudo indica que a precarização dos direitos trabalhistas somada com a desregulamentação e a anulação do Direito do Trabalho serão buscados de forma inescrupulosa, sem qualquer preocupação com o trabalhador.

O propósito é desfazer o manto protetivo do Direito do Trabalho tornando nula sua positivação e assim afastando as relações trabalhistas terceirizadas do judiciário e conseqüentemente do Direito.

Ainda que a terceirização possa ser algo que veio para ficar, é absolutamente necessário encontrar-se, através da sua efetiva regulamentação, formas de acomodar as forças do mercado sem prejudicar os trabalhadores, que além de serem hipossuficientes, são representados por sindicatos tecnicamente inoperantes, incapazes marcar posição em favor dos trabalhadores diante de gigantes capitalistas.

É hora de a sociedade organizada avaliar e escolher em que grau de importância pretende colocar as questões trabalhistas. Trata-se de decidir que tipo de país se quer construir. E esta tarefa não pode ficar apenas nas mãos do legislador.

REFERÊNCIAS

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

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

BRANCO, Paula Tauceda. *A colisão dos princípios fundamentais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

Brasil Escola – Administração Pública – Conceito. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/politica/administracao-publica.htm>>. Acessado em: 01 nov. 2014.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.454, de 1º de maio de 1943). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessado em: 12 out. 2014.

BRASIL. Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 02 nov. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 out. 2014.

BRASIL. Decreto nº 62.756, de 22 de maio de 1968. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-62756-22-maio-1968-403983-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em: 02 nov. 2014.

BRASIL. Decreto nº 86.795, de 28 de dezembro de 1981. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-86795-28-dezembro-1981-436554-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em: 02 nov. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.034, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1034.htm>. Acessado em 12 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acessado em 12 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0229.htm>. Acessado em 12 out. 2014.

BRASIL. Índice Fundamental do Direito. Tribunal Federal de Recursos. Súmula n. 214 - Prestação de Serviços de Caráter Continuado - Atividades de Natureza Permanente - Observância de Horário e Normas da Repartição - Relação Empregatícia. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr__214.htm>. Acessado em: 12 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 4.594, de 29 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4594.htm>. Acessado em: 12 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 5.845, de 06 de dezembro de 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5845.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 5645, de 10 de fevereiro de 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acessado em 12 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acessado em: 12 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm>. Acessado em: 12 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.949, de 09 de dezembro de 1994. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8949.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acessado em: 27 out. 2014.

BRASIL. Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-1 do TST, de 11 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA321>. Acessado em: 10 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 10 – Ementa. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=A>> . Acessado em: 30 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 239. BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-239>. Acessado em: 02 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acessado em: 02 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 257. VIGILANTE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-257>. Acessado em: 02 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 12 out. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Volume 2: Obrigações, Responsabilidade Civil*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

Dicionário Michaelis de Português Online - Significado de "terceirizar". Disponível em:
<<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=terceirizar>>. Acessado em: 12 out. 2014.

FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GÓES, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da administração pública*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

LISOT, Maria Helena. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região – Nº 8 – 2014*. Porto Alegre: HS, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito: relações individuais e coletivas de trabalho*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OKIMURA, Érica Yumi. OLIVEIRA, Nancy Mahra de Medeiros Nicolas. *TERCEIRIZAÇÃO: ASPECTOS DA PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO FORMAL DE EMPREGO E ENFOQUES SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO*. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_22726460_TERCEIRIZACAO_ASPECTOS_DA_PRECARI_Z> Acessado em: 29 set. 2014.

REIS, Daniela Muradas; MELLO Roberta Dantas de; COURA Solange Barbosa de Castro (Coordenadoras – Vários autores). *Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado*. São Paulo: LTr, 2013.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. *Relações terceirizadas de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2006.

SEVERO, Valdete Souto. Não à terceirização. *Jornal O Sul*. Porto Alegre, texto eletrônico, 24/06/2013. Disponível em: <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/Telas/TTitulosDetalhe.php?pag=37>>. Acessado em: 07/12/2014.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

VIANA, Marco Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM Helder Santos. *Terceirização – Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques*. Revista do TST, Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 77, n. 1, 54-84, jan.-mar. 2011.

* * *
— —