

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

JANINE CARDOSO CECONI

TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
Repercussões decorrentes da alteração do modelo terceirizante por efeito da
Reforma Trabalhista

PORTO ALEGRE

2019

JANINE CARDOSO CECONI

TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
Repercussões decorrentes da alteração do modelo terceirizante por efeito da
Reforma Trabalhista

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Dr. Rodrigo Coimbra dos Santos

PORTO ALEGRE

2019

JANINE CARDOSO CECONI

TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
Repercussões decorrentes da alteração do modelo terceirizante por efeito da
Reforma Trabalhista

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rodrigo Coimbra dos Santos
(Orientador)

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles

Prof. Dra. Luciane Cardoso Barzotto

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, por ter me amparado ao longo desse caminho.

À minha mãe Rosa Ceconi que diariamente com seu carinho e atenção me ensina o que é amar e ser amada. Sem o teu amor eu nada seria.

Ao meu pai Osmar Ceconi, que hoje descansa aguardando a volta de Jesus, pelo apoio, incentivo e sustento ao longo de tantos anos. Espero honrar esse legado de fé, estudo e dedicação ao trabalho.

Ao meu irmão Elias, meu maior amigo, parceria fiel, que desde sempre - vantagens de ser irmã mais nova - me protege, ajuda e motiva. Poder contar contigo faz toda diferença.

A minha irmã Josiane, pelo exemplo, conselhos, e apoio. A vida pode ser difícil, mas saber que você já trilhou esses caminhos antes de mim e venceu me dá coragem.

Aos amigos que a faculdade me deu, Caroline Medeiros e João Pedro Crippa, agradeço todo auxílio.

Carol tua companhia ao longo desses anos de vida universitária tornou melhor essa trajetória. João tua amizade fez suportável tantos momentos difíceis.

Aos colegas da 3ª Vara do Trabalho de Canoas por compartilharem comigo cotidianamente o serviço e o empenho em tentar servir de forma célere a sociedade através da Justiça do Trabalho.

Ao professor Rodrigo Coimbra que aceitou orientar este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho trata do fenômeno da terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública tendo por delimitação de estudo a aplicabilidade das alterações do modelo terceirizante no setor público. O problema principal de estudo é analisar se, considerando a possibilidade de terceirização da atividade-fim, resultante da Reforma Trabalhista, isso se estende com que intensidade e implicações aos entes estatais dadas as especificidades do setor público. Assim, o objetivo geral da pesquisa é examinar como o fenômeno da terceirização tão disseminado no âmbito privado se processa quando aplicado ao âmbito da Administração Pública, especialmente quanto à possibilidade de terceirização na atividade-fim. Para tanto é apresentado o fenômeno da terceirização e alterações decorrentes da Reforma Trabalhista, através da regulamentação do fenômeno, demonstrando a evolução no país até culminar com as recentes modificações substanciais que permitem a utilização na atividade-fim, analisado as especificidades atinentes ao setor público e discutido possíveis repercussões da terceirização na atividade finalística tanto para a Administração Pública como para o trabalhador terceirizado que tem no ente público o tomador dos seus serviços. O estudo realizou-se mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Ao final, conclui-se que se estendeu parcialmente a possibilidade de terceirização na atividade-fim ao setor público, a despeito das críticas feitas pela doutrina, Ministério Público e Magistratura invocando a inconstitucionalidade da medida, tendo efeitos negativos tanto para a Administração Pública como para o trabalhador terceirizado.

Palavras-chave: Terceirização. Administração pública. Atividade-fim

ABSTRACT

The present work addresses the outsourcing of services phenomenon in the Public Administration sphere having the applicability of the alterations in the outsourcing model in the public sector as its study delimitation. Taking into consideration the possibility of outsourcing the core activity resulting from the Labor Reform, the main scope of this work is to analyze, given the specificities of the public sector, whether and with which intensity and implications such phenomenon reach the government entities. Therefore, the general objective of this research is to investigate how the outsourcing phenomenon, largely disseminated in the private sphere, works when applied to the Public Administration sphere, mainly on what the possibility of outsourcing the core activity is concerned. To do so, the outsourcing phenomenon and the changes deriving from the Labor Reform are presented through the regulation of such phenomenon, demonstrating, thus, its evolution in Brazil until its culmination with the recent substantial changes that allow its implementation in the core activity. The specificities concerning the public sector and the possible repercussion of outsourcing in the purposive activity, both for the Public Administration and to the outsourced worker that have the public entity as their service takers, are also analyzed and discussed. The study was conducted through a doctrinal and jurisprudential research. Despite the critiques made by the doctrine, the Public Prosecutor's Office and the magistracy, which argued for the unconstitutionality of the measure, at the end of the work it is concluded that the possibility of outsourcing the core activity was partially extended, having negative effects for both the Public Administration and the outsourced worker.

Keywords: Core activity. Outsourcing. Public Administration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ART.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
Nº	Número
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A TERCEIRIZAÇÃO.....	15
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	15
2.2 CONCEITO.....	17
2.3 A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL.....	21
2.4 A REFORMA TRABALHISTA E A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM	29
3 A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	40
3.1 TERCEIRIZAÇÃO: UMA RESPOSTA A REFORMA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA.....	40
3.2 A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	42
3.3 ASPECTOS ESPECÍFICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO ESTATAL	49
3.4 DECRETO Nº 9.507/2018: UMA ANÁLISE DO REGULAMENTO DA EXECUÇÃO INDIRETA DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	55
3.5 REPERCUSSÕES DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE FINALÍSTICA DO SETOR PÚBLICO.....	62
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do fenômeno da terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública tendo por delimitação de estudo a aplicabilidade das alterações do modelo terceirizante no setor público. A pertinência do tema se deduz em face das recentes modificações que atravessaram o Direito do Trabalho, com o advento da Reforma Trabalhista, que alterou substancialmente o que era compreendido por Terceirização até então. A possibilidade de terceirização da atividade-fim trouxe implicações as mais diversas.

Diante de tamanha mudança na concepção da licitude da relação de trabalho triangularizada, abrindo um amplo leque de hipóteses que permitem a terceirização, atingindo até a atividade-fim, indaga-se qual o alcance dessas modificações no setor público e que efeitos produzem.

A terceirização de serviços já é intensamente utilizada no âmbito da Administração Pública nas atividades consideradas acessórias à área de competência do órgão ou entidade e em serviços como limpeza, vigilância, segurança, transportes entre outros. O fenômeno não se limitava as atividades que possuíam amparo legal, também sendo reproduzido ilicitamente com o intuito de burlar o concurso público.

A precarização dos direitos trabalhistas provocada pelo modelo terceirizante é uma grave realidade já conhecida pelos tribunais trabalhistas em todo país. O vilipêndio das condições laborais e o inadimplemento dos encargos trabalhistas são frequentes. Anualmente, o Estado é demandado em milhares de ações relativos à sua responsabilidade subsidiária nesses casos.

No cenário político atual do Brasil em que o governo¹ se manifesta contrário a realização de concursos públicos, ao passo que a legislação possibilita amplamente terceirizar, pertinente é o questionamento quanto à aplicação e repercussão desse novo panorama legal na Administração Pública.

Com isso, o problema de pesquisa que este trabalho se propõe a analisar é: a possibilidade de terceirização da atividade-fim, resultante da Reforma Trabalhista, se

¹GUEDES diz que suspenderá concursos públicos porque há servidores demais. **UOL Notícias**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/06/04/concursos-publicos-paulo-guedes.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

estende com que intensidade e implicações aos entes estatais dadas as especificidades do setor público?

Tem-se como respostas à solução do problema apontado:

I) Não se estende posto que a gestão do Estado através dos entes da Administração Pública está fortemente vinculada a preceitos constitucionais que sobrepujam disposições infralegais que alterem a execução da sua atividade finalística.

II) Se estende as atividades da Administração Pública indiscriminadamente como na iniciativa privada, posto que a terceirização da atividade-fim é benéfica a redução de despesas e economia de gastos, objetivos que também devem ser desejados pelos entes públicos considerando o cenário de crise econômica e a falta de capacidade para seu próprio custeio.

III) A terceirização é um fenômeno que se alastrou no meio privado, não podendo ser ignorada pela gestão estatal, entretanto devendo ser delimitada pelas limitações peculiares à Administração Pública.

O objetivo geral da pesquisa é examinar como o fenômeno da terceirização tão disseminado no âmbito privado se processa quando aplicado ao âmbito da Administração Pública, especialmente quanto à possibilidade de terceirização na atividade-fim. Os objetivos específicos, por sua vez, são apresentar o fenômeno da terceirização e alterações decorrentes da Reforma Trabalhista, através da regulamentação do fenômeno, demonstrando a evolução no país até culminar com as recentes modificações substanciais que permitem a utilização na atividade-fim, analisar as especificidades atinentes ao setor público e discutir possíveis repercussões da terceirização na atividade finalística tanto para a Administração Pública como para o trabalhador terceirizado que tem no ente público o tomador dos seus serviços.

Para uma melhor compreensão, o presente trabalho foi dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo, partindo-se do geral para o específico, aborda-se o fenômeno da terceirização de serviços. Para isso comenta-se a necessidade de flexibilização das relações laborais arguida pelas empresas na modernidade que viceja na terceirização, conceitua-se este fenômeno, aborda-se a regulamentação no país perpassando aspectos legais, jurisprudenciais e sua evolução. Ao final, entra-se na análise das alterações decorrentes da Reforma Trabalhista, apresentando um

panorama dessas modificações, com ênfase na possibilidade de terceirização da atividade-fim.

No segundo capítulo, por sua vez, adentra-se na aplicação do fenômeno na Administração Pública. Para tanto se dá uma breve perspectiva da reforma administrativa brasileira e a terceirização como forma da concreção desses objetivos, aborda-se a regulamentação própria no âmbito do setor público e apresentam-se as especificidades e aspectos limitantes a aplicação nesse domínio. Em continuação, também se analisa o Decreto nº 9.507/2018, publicado após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, expondo as novas regras para execução indireta de serviços na Administração Pública, direta, indireta, autárquica, fundacional, empresas públicas e sociedades de economia mista. Por fim, realiza-se uma discussão a respeito dos efeitos da terceirização para o interesse público e trabalhador terceirizado principalmente dentro desse novo modelo terceirizante que abarca a atividade-fim.

Cabe informar aqui que, considerando este trabalho discorrer sobre a terceirização de serviços no setor público, aspectos referentes ao Direito Administrativo serão mencionados, sem, contudo serem devidamente aprofundados visto que foge aos objetivos aqui delimitados.

Quanto à metodologia aplicada para a realização deste trabalho, baseando-se no método bibliográfico fez-se ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial, examinando-se conceitos, elementos e entendimentos apontados concernentes ao tema. Por fim, esclarece-se que o método geral utilizado foi o dedutivo.

2 A TERCEIRIZAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito do Trabalho é inquestionavelmente o ramo do Direito mais sensível às transformações sociais², adaptando-se rapidamente ao avanço dos segmentos produtivos, sendo constantemente modificado a fim de atender às demandas econômicas, sociais e políticas da sociedade, na busca incessante por equilíbrio jurídico entre o Capital e o Trabalho.

A intervenção estatal por meio do Direito do Trabalho ocorre com a regulamentação das relações entre o Capital e o Trabalho que passa à responsabilidade do Estado ao instituir Leis e Tribunais destinados às soluções dos conflitos trabalhistas.³ O resultado dessa intervenção é a característica básica da regulamentação das relações existentes entre empregador e empregado. A heterorregulamentação, portanto, é caracterizada pela rigidez da legislação trabalhista. Tradicionalmente desenvolvido a partir do chamado emprego “típico”, tem por objetivo instituir um tratamento isonômico entre empregador e empregado dado que estabelece uma superioridade jurídica àquele em face da inferioridade socioeconômica diante deste.⁴

Não obstante, há de se considerar que a realidade fática do país nas últimas duas décadas não é a mesma da época da promulgação da CLT nos anos 40. O Brasil, não fugindo à regra geral, passou por transformações no mercado de trabalho no pós-guerra, sofrendo tanto no nível de desemprego como no desequilíbrio das relações econômicas. O choque dos preços do Petróleo na Europa Ocidental e na América do Sul gerou crises econômicas sucessivas após 1973 e 1979, fazendo surgir novas formas de contratação, geradoras de relações de trabalho atípicas.

Conforme expõe Vólia Bomfim Cassar⁵:

²DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Direito do trabalho e da seguridade social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais; v.1) p. 1163

³ Idem, *Ibidem*

⁴ LEITE, Carlos Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 358

⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 475.

“a globalização e a crise econômica mundial tornaram o mercado interno mais frágil, exigindo maior produtividade por menores custos para melhor competir com o mercado externo. O primeiro atingido com essa urgente necessidade de redução de custos foi o trabalhador, que teve vários direitos flexibilizados e outros revogados.”

Com efeito, uma junção de fatores levaram a uma série de modificações nas relações individuais de trabalho, que segundo Alice Monteiro de Barros podem ser sintetizados na inovação tecnológica, nas alterações da organização da produção, nos métodos utilizados na gestão de mão de obra, e, em consequência nas necessidades dos trabalhadores.⁶

Frente aos novos desafios econômicos, produção de bens e prestação de serviços, decorrentes dessa conjuntura, surge o debate a respeito de novas formas de prestação laboral afetando à relação de emprego “típica”, gerada por um contrato de trabalho indeterminado, com empregador único e protegido contra dispensa injusta. Estabelece-se discussão sobre a flexibilização do emprego, sustentando-se que a relação de emprego típica é incompatível com a necessidade da empresa moderna adaptar-se a um processo econômico competitivo. Passou-se, então, a sugerir um modelo alternativo, cujo traço distintivo seria o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas flexíveis, entre as quais se inclui a terceirização.⁷

João de Lima Teixeira Filho⁸ explica que a fim de responder aos desafios provocados pela modernidade em que se busca uma melhor organização da empresa para tanto, surge os modelos da verticalização e da horizontalização da atividade econômica, significando a primeira um modelo de centralização funcional, em que se unifica sob um comando único todas as atividades que, direta ou indiretamente, concorrem para o empreendimento percorrer todas as etapas de produção em contraponto a horizontalização que de forma oposta efetua a desconcentração industrial, com o desmonte ou descarte de atividades consideradas acessórias ou intermediárias para que a empresa foque no seu negócio principal. Defende também que dessa forma proporciona-se espaço para o aparecimento de empresas especializadas, de aprimorada técnica produtiva e alta qualidade de

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 300.

⁷ Idem, *Ibidem*

⁸ SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 274.

serviços, ao passo que, a empresa reorganizada tende a experimentar melhores condições de dirigibilidade do negócio. É neste último modelo que brota e viceja a terceirização.

A terceirização é apenas uma das formas que os empresários têm buscado para amenizar seus gastos, reinvestindo no negócio ou aumentando seus lucros. Daí por que dos anos 90 para cá a locação de serviço ou terceirização tem sido constantemente utilizada.⁹ O fenômeno não passou ao largo da administração pública que também se vale dessa forma de prestação laboral para economicidade de custos na consecução dos seus objetivos de servir a sociedade. Com o advento das leis nº 13.429/17 e 13.467/17 a terceirização foi ampliada e regulamentada.

2.2 CONCEITO

O Direito do Trabalho procura compreender e se posicionar frente à terceirização, fenômeno que interessa a forma de reorganização do processo produtivo empresarial e afeta no âmago as relações laborais estabelecidas. Marly A. Cardone¹⁰ definiu como “*o fenômeno da transferência da produção de bens ou serviços para outra pessoa que não aquela que, primitivamente, os produzia.*”

A expressão “terceirização” constitui neologismo da palavra “terceiro”, este compreendido como um intermediário. O termo foi construído fora da área jurídica¹¹, pela administração de empresas visando ressaltar a desconcentração empresarial de atividades para outrem, terceiro à empresa.¹²

Arion Sayão Romita¹³ objeta a utilização do termo terceirização e ensaia preferência pelo vocábulo “terciarização”. A terceirização também é chamada,

⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho : de acordo com a reforma**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 475.

¹⁰ CARDONE, Marly A. apud SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 274.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 584: Não se trata seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 584

¹³ ROMITA, Arion Sayão apud SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 274: Arion Sayão Romita sustenta que o vocábulo terceiro, utilizado para designar a empresa prestadora de serviços, denota uma preocupação com a possível existência de relação empregatícia entre a empresa tomadora e os empregados da empresa prestadora dos serviços e afirma que se há a autonomia e plena validade jurídica do contrato (de natureza civil) de prestação de serviços, então não teria sentido atribuir ao prestador dos serviços a qualidade de terceiro.

segundo Vólia Bomfim Cassar¹⁴, de “*desverticalização, exteriorização, subcontratação, filialização, reconcentração, focalização, parceria (esta também chamada de parceirização)*” e a definida como:

“a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizado pela não coincidência do empregador real com o formal.”

Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁵ conceitua terceirização como:

“um procedimento adotado por um empresa que, no intuito de reduzir seus custos, aumentar sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente por seus empregados.”

Segundo Maurício Godinho¹⁶ terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Nesse fenômeno o trabalhador presta sua atividade laboral, inserido no processo produtivo do tomador de serviços, sem contudo formar laços justralhistas com este e sim com a empresa prestadora de serviços. Ou seja, possibilita ao sujeito de direito, se valer da prestação laboral do indivíduo, sem, contudo formar uma relação empregatícia com este trabalhador.

A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação da força de trabalho. O obreiro, indivíduo prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, prestadora de serviços, intermediadora entre tomador e obreiros, que contrata este indivíduo, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.¹⁷

A relação clássica do modelo empregatício se fundamenta numa relação de caráter essencialmente bilateral ao passo que o modelo de relação socioeconômica

¹⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho : de acordo com a reforma**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 473

¹⁵ LEITE, Carlos Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 362.

¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, p. 534

¹⁷ Idem. Ibidem

e jurídica que surge com o processo terceirizante é claramente distinto. Há uma dissociação entre a relação econômica de trabalho, estabelecida com a empresa tomadora, e a relação empregatícia de trabalho, estabelecida com a empresa prestadora, o que traz sérios desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho.¹⁸

A relação bilateral é regra de todos os contratos e a terceirização, como exceção, deve ser interpretada de forma restritiva. A subcontratação de empregados contraria a finalidade do direito, seus princípios e sua função social, configurando um desvio ao princípio da *ajenidad*¹⁹ em que a relação de emprego se forma diretamente com o tomador dos serviços, o empregador natural.²⁰

Há quem considere existir diferenciação entre terceirização e intermediação de mão de obra, sendo esta hipótese de trabalho temporário. A intermediação consistiria em fornecimento temporário do trabalhador, com finalidade específica, ferramentas e instrumentos da empresa que o indivíduo laboraria temporariamente ao passo que na terceirização a prestação de serviços poderia ser permanente, com ferramentas da empresa contratante. Vólia Bomfim²¹ discorda dessa corrente e defende que em termos práticos, os dois fenômenos são iguais e que a distinção é apenas terminológica, não possuindo efeito prático, ainda mais considerando a Lei 13.429/17, que aproximou os dois institutos. Para ela não haveria como defender a tese de diferentes conceitos, visto que também é possível terceirização temporária ou definitiva para fins específicos.

A terceirização praticada ilicitamente pode dissimular uma relação empregatícia em que trabalhadores são verdadeiros empregados das empresas tomadoras, disfarçados por contratos simulados com cooperativas, associações ou empresas oportunistas.²² Por isso João de Lima Teixeira Filho²³ ao se referir aos

¹⁸ Idem. Ibidem.

¹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 229: "Ajenidad significa aquisição originária de trabalho por conta alheia. Este princípio revela dois conteúdos: a) que a aquisição do trabalho gera o vínculo de emprego com o tomador que originariamente recebe os serviços do empregado, daí por que a aquisição é originária; b) que o trabalho é exercido para e por conta de outra pessoa. Isto quer dizer que a energia desprendida pelo trabalhador destina-se a outro que não ele próprio e que é por conta deste tomador que ele exerce seus serviços, logo, é o empregador quem corre os riscos deste negócio."

²⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 475

²¹ Ibid., p. 474

²² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 476

contratos regidos pela legislação civil, como os de empreitada e o de prestação de serviços *lato sensu* afirma que:

“Fundamental, destarte, perquirir se o enlace contratual é consistente na forma e na essência ou se apresenta distorções que, na execução do pactuado, desvendam autêntico contrato de trabalho sob a capa de negócio jurídico admitido pelo Código Civil. Tal é a hipótese quando comprovado que o trabalhador, prestando serviços pessoais e permanentes, não recebe ordens de seu empregador (empreiteiro ou empresa de prestação de serviços) e sim, do contratante do bem ou serviço, o qual de fato, o estipendia e assume os riscos da atividade econômica que explora.”

Na mesma senda Arnaldo Süssekind²⁴ assevera que:

Ainda que os contratos previstos no Código Civil hajam sido celebrados para tarefas estranhas às atividades normais da empresa contratante, caberá verificar-se, em caso, se os empregados da firma contratada trabalham, de fato, subordinados ao poder de comando da referida empresa. Em caso afirmativo, haverá nítida simulação em fraude à lei trabalhista (art. 9º da CLT), configurando-se o contrato-realidade de trabalho entre a empresa contratante e os trabalhadores formalmente vinculados à firma contratada (art. 422, combinado com os arts, 2º e 3º da CLT).

Assim a terceirização esbarra e até mesmo conflita com princípios tão caros ao direito do trabalho como da proteção ao empregado, da *ajenidad*, do tratamento isonômico a trabalhadores que prestam serviço a uma mesma empresa, do único enquadramento sindical, do único empregador, do mesmo enquadramento legal e etc. Resulta que seguidamente empregados terceirizados possuem direitos diversos e até inferiores que os empregados da empresa tomadora. Além disso, cabe ressaltar que o princípio da proteção ao trabalhador tem *status* constitucional determinado no art.7º, caput, da Constituição Federal.²⁵ A ausência de um dos requisitos legais que disciplinam a terceirização, motiva a nulidade do contrato sendo o vínculo formado diretamente com o tomador de serviços (exceção a situação em que o tomador trata-se da Administração Pública tendo em conta o art. 37, II, da CF).

²³ SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 271.

²⁴ *Ibid.*, p. 272

²⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 476-477

2.3 A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

O processo de terceirização, até o final dos anos 1960 e início dos anos 1970, não apresentava relevância no cenário econômico e jurídico do Brasil.²⁶ As primeiras referências legais no país foram no segmento estatal de trabalho dentro do contexto da reforma administrativa brasileira. O Decreto nº200/1967 e a Lei nº5.645/70 foram os primeiros diplomas legais pátrios que trataram da temática. A descentralização administrativa destinada a toda a máquina pública se dava, entre outros, pela contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas do segmento privado da economia, como consta no art. 10 do DL nº200/1967 e na Lei nº5.645/70.

O diploma celetista dispôs apenas de modo setorial do contrato de prestação de serviços através da subempreitada de obra no setor da construção civil. O artigo 455 da CLT²⁷ permite a subcontratação de operários pelo empreiteiro principal (tomador do serviço). Em caso de inadimplemento dos créditos trabalhistas pelo subempreiteiro (intermediador), responderá solidariamente o empreiteiro principal. Maurício Godinho Delgado considera que o artigo referido “*já atentava para a complexa realidade das relações triangulares de trabalho, podendo ser considerado, em certa medida, precursor do futuro processo terceirizante na iniciativa privada do país*”.

O processo de terceirização, no âmbito da iniciativa privada, desenvolveu-se sem sólido respaldo jurídico, ao contrário do que se pode observar no setor público. Nos anos 70, a Lei nº 6.019/74 – Lei do Trabalho Temporário – revelava-se o único diploma legal a tratar da terceirização e, ainda assim, limitava-a aos contratos de trabalho de curta duração. A Lei nº 6.019/74 criou uma inflexão no sistema trabalhista do país, pois contrapôs a clássica relação bilateral de emprego (própria da CLT) a uma nova relação trilateral, sem o vínculo jurídico que lhe seria supostamente inerente. Contudo, a hipótese elencada na lei não contemplava a

²⁶ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. p.39.

²⁷CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 483: para Vólia Bomfim Cassar o art. 455 da CLT é a primeira hipótese de terceirização prevista legalmente na área trabalhista.

terceirização permanente, gerando uma inflexão limitada, produzindo efeitos transitórios no tempo.²⁸

Na década de 1980 foi promulgada a Lei nº 7.102/1983, de alcance também restrito, por destinar-se aos trabalhadores vinculados à vigilância bancária. Inicialmente a atividade terceirizada prevista era direcionada apenas ao segmento bancário da economia. Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim²⁹ ponderam que “a Lei n. 7.102/1983 foi precursora ao disciplinar a contratação de serviço interempresarial, como uma unidade autônoma de utilidade gerada com uso exclusivo de mão de obra”. Anos depois, a Lei nº 8.863/1994 ampliou o âmbito de atuação desses trabalhadores e respectivas empresas. Atualmente, são consideradas como atividades submetidas a essa modalidade de terceirização a vigilância patrimonial em todas as suas formas, seja em instituições financeiras ou outros estabelecimentos privados ou públicos, inclusive segurança de pessoas físicas e transporte ou garantia de transporte de qualquer tipo de carga (art. 10, incisos I e II da Lei nº 7.102/1983 alterada pela Lei nº 8.863/1994).³⁰

A despeito do pequeno grupo de normas autorizativas da terceirização, o fenômeno se alastrou e se generalizou no segmento privado da economia nas décadas seguintes, em amplitude e proporção muito superior as hipóteses elencadas nos diplomas legais mencionados.

Conforme expõe João de Lima Teixeira Filho³¹:

“Vasta produção jurisprudencial se formou em torno da extensa gama de hipóteses de subministração de mão-de-obra a baixo custo e de exploração da energia de trabalho, por um terceiro, como se mercadoria fosse (marchandage), burlando a legislação do trabalho. Contemplava-se desde a contratação de mão-de-obra por meio de empresas financeiramente inidôneas até a escancarada substituição de trabalhadores próprios por vinculados a empresa interposta, inobservando a legislação editada naquele então.”

Até aquele momento a interpretação das possibilidades de terceirização era restritiva e limitada ao disposto a Lei nº 6.019/74 e a Lei nº 7.102/1983, razão pela

²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 539

²⁹ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 40

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 539

³¹ SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 272-273

qual foi expedida a Súmula 256 do TST em 1986. Nos demais casos de terceirização, o vínculo se formaria diretamente com o tomador dos serviços, inclusive com os entes da Administração Pública.³²

Assim determinava a Súmula 256 do TST³³:

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.

Esse entendimento sumular expressava a jurisprudência à época e balizou grande parte das decisões judiciais posteriores tanto no tocante a declaração da existência de vínculo de emprego direto entre o prestador dos serviços e empresa tomadora, beneficiária do trabalho, como no reconhecimento da responsabilidade solidária das contratantes.³⁴

Conforme discorre Sérgio Pinto Martins³⁵ ao analisar a jurisprudência que deu origem a Súmula 256 do TST:

“A maioria dos precedentes entendeu que a atividade de asseio e conservação é essencial a qualquer empresa. Se a atividade da empresa é permanente, não poderia haver locação de mão de obra. Em outros casos, entendeu-se que, se o empregado trabalhava no mesmo local do tomador e em atividade de caráter permanente da empresa, não poderia ser o liame estabelecido como de trabalho temporário, sendo empregado da empresa tomadora dos serviços.”

O RR nº 3.442/84, um dos precedentes que fundamentaram a Súmula 256, manifesta habilmente a preocupação de não permitir o *leasing* de mão de obra *ou marchandage*, no sentido da exploração do homem pelo próprio homem, mediante contratação de trabalhadores por empresa interposta.³⁶

³² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho : de acordo com a reforma**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p 481

³³ TST. **Súmula 256**. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256 Acesso em: 01 jun. 2019

³⁴ BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. **A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização**. Disponível em:

<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-historia-da-sumula-331/a-historia-da-sumula-331.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

³⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.130

³⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.114

“quaisquer atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou impedir a aplicação de preceitos consolidados são nulos [...]. A possibilidade de o tomador não assumir diretamente os ônus trabalhistas, valendo-se para tanto do contrato de natureza civil, só poderá ser permitida excepcionalmente, em caso de serviço transitório e não vinculado à atividade normal da tomadora. Assim não sendo, a relação jurídica mantida entre a locadora dos serviços e o contratado com as características de arrendamento, locação ou aluguel da força de trabalho reveste-se de ilicitude, pois os homens não podem ser objeto – ainda que velado – deste tipo de contrato, mas somente as coisas”.

Para Maurício Godinho Delgado³⁷:

“Alguns pontos orientadores da Súmula 256/TST manter se iam firmemente incrustados na cultura jurídica posterior. É o que se passa com a ideia de terceirização como processo excetivo, preservando se a fórmula celetista como a regra geral de pactuação de relações de produção no país. É o que ocorre com a determinação de reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços caso configurada a ilicitude trabalhista na terceirização perpetrada.”

Sérgio Pinto Martins defende que a aludida súmula deveria ser interpretada visando não impedir a prestação lícita de serviços a terceiros e sim combater à fraude à lei, sendo que apenas a análise individual da circunstância poderia revelar a existência ou não de burla à norma legal.³⁸

O próximo diploma legal que afetou a terceirização foi a Constituição Federal promulgada em 1988. No art. 37, II, disciplinou a contratação de servidores e empregados públicos pela via estrita do concurso público vedando a formação de vínculo de emprego com a Administração Pública de forma diversa. Segundo Vólia Bomfim Cassar³⁹ “*houve imediata limitação da Súmula 256 do TST, pois a citada norma constitucional é de eficácia plena*”. A partir disso, mesmo violando-se as hipóteses elencadas na Súmula 256 do TST, ao efetuar-se a contratação do trabalhador pela empresa fora das possibilidades dispostas em lei, não se forma vínculo de emprego com o ente estatal, com exceção da contratação realizada antes

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p.547-548

³⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 119

³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho : de acordo com a reforma**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. p 481

da vigência da CF/88, de acordo com o disposto na Orientação Jurisprudencial 321⁴⁰ da SDI – 1 do TST que segue:

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

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988

A partir de 1993, por provocação do Ministério Público do Trabalho, o TST cancela a Súmula 256 e edita a Súmula 331. Diversas decisões do próprio TST já não aplicavam integralmente o enunciado da Súmula 256, admitindo a prestação de serviços de limpeza e conservação, principalmente no âmbito da Administração Pública. O MPT⁴¹ propôs ao TST a revisão do enunciado sumular para excetuar da restrição as empresas públicas e sociedades de economia mista. Apreciando o requerimento, o entendimento quanto ao tema foi flexibilizado pelo Tribunal Superior do Trabalho admitindo-se a legalidade da contratação de quaisquer serviços relacionados à atividade-meio do tomador, não ficando adstrito as empresas estatais, conforme sugestão do MPT, contemplando também as entidades privadas. Assim, foram incluídas as atividades de conservação, limpeza e outros serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, contanto que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

Um aspecto pertinente da Súmula 331 do TST foi uniformizar o tratamento entre Poder Público e âmbito privado entre os próprios entes da Administração Pública, dado que as pessoas jurídicas de Direito Público, regidas pela Lei nº

⁴⁰ TST, SBDI-I. **OJ nº 191**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SD1_1/n_s1_321.htm
Acesso em: 10 jun. 2019

⁴¹ O MPT, com base no art. 83, VI, da Lei Complementar nº 75/93, estava ajuizando inquéritos civis públicos contra o Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal haja vista essas contratações em que as instituições eximiam-se da realização de concurso público para admissão de funcionários. Em sua defesa, os bancos referidos alegavam que havia decisões do próprio TST mitigando a aplicação da Súmula 256 bem como a Lei nº 5.645/70 já permitia a contratação de serviços de limpeza e outros. O inquérito ajuizando contra a Caixa Econômica Federal acabou dando origem a ação civil pública, que teve pedido parcialmente acolhido em primeira instância, reconhecendo-se irregularidades existente. O Banco do Brasil, porém, firmou compromisso com a Procuradoria Geral do Trabalho em maio de 1993 de que no prazo de 240 dias iria abrir concursos para regularizar as atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica, estiva e digitação. Ainda assim a Procuradoria Geral do Trabalho encaminhou expediente ao presidente do TST em outubro de 1993 requerendo a revisão parcial da Súmula 256, para retirar a restrição das empresas públicas, sociedades de economia mista e órgãos da administração direta, indireta, autárquica e fundacional e também dos serviços de limpeza. In MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 126-127

5.645/70, era permitido à terceirização em atividades relacionadas a transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, ao passo que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, regidas pelo Direito do Trabalho, era vedado a terceirização dessas atividades pela jurisprudência trabalhista⁴².

Posteriormente, a Resolução nº96/2000 do TST modificou a redação do inciso IV da Súmula 331 para conter disposição expressa de responsabilidade subsidiária da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, empresas públicas e sociedades de economia mista que utilizassem a terceirização. Dessa forma, o tomador de serviços estatal deveria responder de maneira subsidiária. Em 2011 foi emitida a Resolução nº174/2011, que acrescentou os incisos V e IV, além de alterar o inciso IV, modificando posicionamento anterior do TST. Atualmente, a redação da Súmula 331⁴³ é:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à 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.

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.

⁴² DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. p 50

⁴³ TST. **Súmula 331**. Disponível em:

[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 301 350.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20301%20350.html). Acesso em: 10 jun. 2019

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

A súmula aludida foi o principal mecanismo jurídico de regulamentação da terceirização até o advento da Lei nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017, resultantes da reforma trabalhista, que modificou no cerne a sistemática terceirizante. Mesmo após as recentes modificações na terceirização, a súmula permanece sendo aplicada pela magistratura e é um importante meio de normatização do instituto. As hipóteses ali especificadas delinham os limites postulados pelo Direito do Trabalho brasileiro quanto à validade da terceirização de serviços. Conforme expõe Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim⁴⁴:

“a evolução jurisprudencial promovida pela Súmula n. 331 foi identificar as situações de terceirização lícita, conforme sistemática trabalhista de proteção ao trabalho humano. Todas as demais situações de trabalho triangulado que se afastem das hipóteses de terceirização arroladas na Súmula n. 331 são aquelas que o Direito do Trabalho reputa fraudulentas e, portanto, ilícitas.”

Tendo em vista a relevância que o processo terceirizante adquiriu no âmbito das relações laborais, outras referências legais foram afetadas nas suas bases conceituais pelo fenômeno. Para Maurício Godinho Delgado “a ruptura com a fórmula bilateral de contratação de trabalho subordinado [...] em virtude do avanço da fórmula trilateral terceirizante, conduziu a certo desajuste teórico na legislação trabalhista correlata”⁴⁵.

A Lei 8.036/1990 – Lei do FGTS – é um diploma legal que tentou reunir na mesma fórmula conceitual tanto às relações de emprego típica bilateral como a relação trilateral terceirizante.⁴⁶ No art. 15⁴⁷ §1º define empregador como:

“Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa

⁴⁴ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. p..47

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 541

⁴⁶ Idem. Ibidem

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 8.036/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em: 10 jun. 2019

condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.”

E no § 2^o⁴⁸ do mesmo artigo conceitua trabalhador da seguinte maneira:

“Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.”

Por oportuno ressaltar, que contrariamente ao disposto no art. 15, §1^o, da Lei 8.036/1990, o tomador de serviços não constitui empregador do trabalhador terceirizado formando este o vínculo empregatício com a empresa interposta prestadora dos serviços. Essas junções de conceitos que substancialmente não se fundem demonstram a dificuldade do ordenamento jurídico em lidar com o fenômeno da terceirização.

A Lei 8.949/94 acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT e provocou fortemente a terceirização com apoio nas cooperativas. Dispõe a norma celetista que “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”.⁴⁹ Segundo Maurício Delgado Godinho⁵⁰ “*o objetivo da regra teria sido o de retirar do rol empregatício relações próprias as cooperativas – desde que não evidenciada a roupagem ou utilização meramente simulatória de tal figura jurídica*” Posteriormente a Lei nº 12.690/12 regulamentou as cooperativas de trabalho, ampliando e reforçando o disposto no texto celetista. O art. 5^o do referido diploma legal estabelece que “a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada⁵¹”, assim se caracterizada relação de emprego entre a entidade cooperativista e cooperado ou caracterizado essa relação entre cooperado e empresa tomadora de serviços, nas palavras de Maurício Delgado Godinho⁵², “esvai-se o envoltório formal cooperativista, prevalecendo a

⁴⁸ BRASIL, **Decreto-Lei nº. 5.452**, de 1^o de Maio de 1943: CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁴⁹ BRASIL, **Decreto-Lei nº. 5.452**, de 1^o de Maio de 1943: CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 540

⁵¹ BRASIL, **Lei nº. 12.690**, de 19 de Julho de 2012: CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12690.htm. Acesso em 10 jun. 2019.

⁵² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p.541

relação de emprego, quer com a entidade cooperada, quer com o tomador de serviços”.

Por fim, a Lei nº 13.429/2017 referente ao trabalho temporário que altera a Lei nº 6.019/1974 e a Lei nº 13.467/2017, Lei da Reforma Trabalhista, que modificou e acrescentou diversos dispositivos na Lei nº 6.019/1974 são as referências legais mais recentes e causaram mudanças emblemáticas no núcleo duro da terceirização. Essas alterações serão analisadas em tópico a frente relativo à Reforma Trabalhista.

2.4 A REFORMA TRABALHISTA E A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

A aprovação da Lei nº 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, gerou profundos impactos ao modelo de trabalho terceirizado. As alterações legislativas dadas pela nova redação dos dispositivos inseridos à Lei nº 6.019/1974, pela Lei nº 13.429/2017, modificaram profundamente o instituto, conferindo-lhe um conceito muito mais abrangente, de forma que a distinção entre atividade-meio e atividade-fim anteriormente adotada pela jurisprudência, em que só era permitido terceirizar atividades que não constituíssem a atividade finalística, objeto principal da empresa tomadora, restou superada para fins de terceirização.⁵³

A Lei nº 6.019/1974, originada com o intuito de regulamentar o trabalho temporário, sofreu modificações pela Lei nº 13.429/2017, que entrou em vigência na data de sua publicação em 31 de março de 2017. Contudo, tais alterações não apresentaram a extensão manifestada pela Lei da Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2018, que ainda no mesmo ano, alterou novamente a Lei nº 6.019/1974, entrando em vigência 120 dias após sua publicação oficial em 14 de julho de 2017, mudando e inserindo preceitos, buscando estimular a terceirização, através do afastamento de restrições e controles significativos sobre o modelo de trabalho terceirizado.⁵⁴

Deste modo, a Lei nº 6.019/1974 passou a regular tanto a modalidade de trabalho temporário, destinação inicial quando promulgada, como também foi acrescido à regulamentação das relações de trabalho nas empresas prestadoras de

⁵³ RÊGO, Evellyn Barbosa. A terceirização e a reforma trabalhista no Brasil . Uma análise crítica da possibilidade de terceirização das atividades-fim. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5521, 13 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66910>. Acesso em: 13 jun. 2019.

⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 550

serviço, respectivas tomadoras de serviços e contratante conforme disposto no art. 1⁵⁵ que segue:

Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)

Até as referidas alterações legislativas, a Lei nº 6.019/1974 regulamentava apenas o trabalho temporário ao passo que a terceirização era regida pelo entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 331 do TST. Com isso, os temas relativos à terceirização e ao trabalho temporário passaram a estar disciplinados no mesmo diploma legal.

Uma inovação muito significativa no modelo terceirizante, introduzida pela Lei nº 13.467/2017 – ponto primordial para a análise proposta neste trabalho - foi a possibilidade de terceirização de serviços da atividade-fim da empresa tomadora. Até essa alteração legislativa, essa prática configurava uma dissimulação a relação de emprego, sendo um caso de terceirização ilícita. Nessa situação, era reconhecido o vínculo de emprego do trabalhador com a empresa tomadora de serviços.

A jurisprudência até então adotava distinções entre atividade-meio e atividade-fim conforme exposto na Súmula 331⁵⁶, III, do TST que segue:

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.

Permitia-se somente a terceirização de atividades de serviços de vigilância, conservação e limpeza e de atividades-meio da empresa tomadora. Esse último grupo de atividades, não expressamente discriminadas, se caracterizavam pela circunstância unívoca de serem atividades que não se enquadravam ao núcleo

⁵⁵BRASIL. **Lei nº 6.019/74**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 10 jun. 2019

⁵⁶TST. **Súmula 331**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 10 jun. 2019

principal das atividades empresariais do tomador de serviços, não se enquadram na atividade-fim, no objeto principal da empresa tomadora.⁵⁷

A dualidade atividade-meio versus atividade-fim já vinha sendo elaborada pela jurisprudência, por influência dos dispositivos normativos do Decreto nº200/1967 e da Lei nº 5.645/1970, diplomas legais voltados à Administração Pública, pelos estritos limites à terceirização expostos na Súmula 256 do TST e por fim consubstanciou-se na Súmula 331 do TST.⁵⁸

Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁵⁹ explica a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim da seguinte maneira “atividade-meio é a de mero suporte, acessória ou periférica, que não integra o núcleo ou seja, a essência das atividades empresariais do tomador, enquanto atividade-fim é a que compõe a atividade principal da empresa.”

Mauricio Godinho Delgado⁶⁰ conceituou a atividade-fim e atividade-meio da seguinte forma:

“Atividade-fim podem ser conceituadas como funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarias e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”

Sergio Pinto Martins⁶¹ expressou sua compreensão quanto ao tema deste modo:

“A atividade – meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade – meio: a limpeza, a vigilância, etc. Já a atividade fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada. À

⁵⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 556

⁵⁸ Idem. Ibidem.

⁵⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 401.

⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 556

⁶¹ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.130-131

primeira vista, uma empresa que tem por atividade a limpeza não poderia terceirizar os próprios serviços de limpeza. Certas atividade- fins da empresa podem, ser terceirizadas, principalmente se compreendem a produção, como ocorre na indústria automobilística, ou na compensação de cheques, em que a compensação pode ser conferida a terceiros, por abranger operações interbancárias.”

A distinção entre atividade-meio e atividade-fim era de suma importância, aspecto determinante para constatação da licitude do processo terceirizante. Com a modificação legal provocada pela Lei nº 13.467/2017 restou superada essa diferenciação dando novo significado a terceirização passando a ser entendida como a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços. Admitindo-se sua utilização de forma ampla, em quaisquer atividades da empresa tomadora, inclusive sua atividade-fim.

É o que expõe o art. 4-A da Lei nº 6.019/1974⁶²:

Art. 4o-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a **transferência** feita pela contratante da execução **de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) [grifo nosso]

Conforme assevera Luciano Martinez⁶³ *“não há, portanto, mais o que indagar: admite-se a execução de qualquer atividade mediante terceirização, inclusive atividade principal da própria contratante”*.

Diante de mudança tão significativa na sistemática terceirizante Mauricio Godinho Delgado⁶⁴ afirma que *“tamanho amplitude para a terceirização, atingindo a própria atividade principal da empresa tomadora dos serviços, entra em choque, inquestionavelmente, com a matriz da Constituição da República”*.

A intermediação de mão de obra continua configurando fraude a relação de emprego não sendo admitida no Direito do Trabalho brasileiro conforme art. 9 da

⁶² BRASIL. Lei nº 6.019/74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 14 jun. 2019

⁶³ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 307.

⁶⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p.553

CLT. Também é uma afronta ao valor social do trabalho disposta no art. 1, IV, da CF, assim não devendo ser tratado como mercadoria.⁶⁵

O sistema jurídico trabalhista sempre repeliu veementemente qualquer *marchandage* laboral interempresarial (intermediação de mão de obra).⁶⁶ Não apenas é ilícita, como também rechaçada, a possibilidade de uma empresa contratar outra empresa para que esta lhe forneça à força laboral de qualquer trabalhador singularmente considerado, com exceção a hipótese de trabalho temporário nas estritas situações previstas em lei.

A terceirização, nos moldes regidos pela Lei nº 6.019/1974, não significa a legalização de fornecimento de trabalhadores por meio de empresa interposta. O referido diploma legal trata da regulamentação da prestação de serviços, não da intermediação de mão de obra, com exceção ao trabalho temporário conforma já mencionado.

O art.5-B ao prever o contrato de prestação de serviços dispõe que o contrato deverá conter a especificação do serviço a ser prestado, o prazo para a realização desse serviço conforme o caso e o valor. Ou seja, deve estar identificada a especificidade do serviço contratado para ser prestado. Reforço, não existe uma possibilidade genérica de contratação de empresa para prestação de serviços, o objetivo dessa prestação deve estar devidamente discriminado.

Por óbvio, que apesar da tentativa do legislador de inibir a contratação de mão de obra a baixo custo através da terceirização, expressando no texto legal que os serviços devem estar especificados, abriu-se uma possibilidade de dissimulação das relações de emprego. Assim, na realidade dos fatos, devem estar ausentes os requisitos caracterizadores dessa relação a fim de não ser reconhecido o vínculo empregatício entre tomadora e trabalhador prestador do serviço.

A empresa prestadora de serviços não pode ser pessoa física, nem empresário segundo referido no art.4-A da Lei nº6.019/1974. Obrigatoriamente, deve ser pessoa jurídica de direito privado que possua capacidade econômica suficiente para suportar a execução desse contrato.

No que se refere à empresa tomadora, convém ressaltar que não lhe concerne definir qual obreiro será o agente da prestação laboral contratada com a

⁶⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 400.

⁶⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 303.

empresa prestadora, não há pessoalidade quanto a quem efetivamente está prestando o serviço terceirizado, o que se contrata é um serviço especializado e não mão de obra ou algum trabalhador determinado. Portanto, independe a empresa contratante a escolha dos trabalhadores. Na terceirização lícita não há pessoalidade nem tampouco subordinação entre o empregado da empresa prestadora e o tomador (contratante) visto que este não é seu empregador.

Cabe a empresa prestadora de serviços o poder diretivo. É ela quem contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores. Apesar de os empregados laborarem na empresa tomadora de serviços não estão juridicamente subordinados a ela. A remuneração pelo labor também é de competência da empresa contratada (prestadora), por ser esta a empregadora. As alterações na Lei nº 6.019/1974 criaram a possibilidade da subcontratação de empresas para realização dessas funções. É o que consta no art. 4, §1^{o67}, da referida lei que segue:

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

Esse dispositivo legal em sua parte final autoriza a denominada terceirização em cadeia, que ocorre quando uma empresa prestadora de serviços contrata outra empresa para prestar os serviços pelas quais foi contratada pela empresa tomadora. Essa hipótese não configura quarteirização que é a contratação de uma empresa com a finalidade de gerir os diversos contratos de prestação de serviços firmados por uma empresa contratante.

O art.4º-A, §2º^{o68}, dispõe que não há formação de vínculo empregatício entre empresa tomadora e os trabalhadores da empresa prestadora, obviamente se observados os ditames legais para uma terceirização lícita.

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

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 6.019/74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 14 jun. 2019

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 6.019/74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 14 jun. 2019

Na terceirização lícita, a fiscalização do trabalho, controle e organização das atividades do empregado (do serviço terceirizado) não devem ser feitos pela empresa tomadora. Incumbe a empresa contratada o exercício dessas funções. A relação jurídica da empresa contratante se dá com a empresa contratada (prestadora) e não com os empregados desta. Assim, o empregado não deve ser subordinado diretamente ao tomador de serviços e sim a empresa prestadora. Além do poder de direção, compete a empresa prestadora o desempenho do poder disciplinar.

Um dos princípios norteadores do Direito do Trabalho é o princípio da primazia da realidade, apregoando que a efetiva verdade dos fatos importa em detrimento a formalidades ou denominação atribuída ao negócio jurídico. Assim, se presentes subordinação direta e pessoalidade, o vínculo jurídico empregatício do empregado forma-se com o empregador. A cerca disso, dispõe Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁶⁹:

“se, na realidade dos fatos, o empregado tiver vínculo de emprego com o ente tomador, presente a subordinação direta e a pessoalidade entre eles, este é o verdadeiro empregador, e não a empresa que somente intermediou a mão de obra, ainda que, figure formalmente, como contratante do trabalhador [...] Se, com o fim de terceirizar certa atividade, for contratada empresa prestadora, mas o tomador exercer o poder diretivo diretamente perante o trabalhador, este, na realidade, passa ter sua relação jurídica de emprego com o próprio tomador. Trata-se da consequência de a terceirização ser considerada ilícita.”

Ademais, a empresa que intermediou mão de obra responde solidariamente pelo adimplemento dos créditos trabalhistas, nos termos do art. 942 do Código Civil de 2002, c/c o art. 8º, §1º, da CLT, haja vista ter colaborado para a lesão do direito decorrente da terceirização fraudulenta. Essa intermediação configura fraude aos preceitos jurídico-trabalhistas, não produzindo efeitos em razão da nulidade incidente conforme art. 9º da CLT.⁷⁰

Assim, presentes o requisitos caracterizadores da relação de emprego, independente da denominação formalmente aferida àquela relação, a terceirização deve ser considerada ilícita, reconhecendo-se o vínculo diretamente com o tomador. Exceção a esse ditame é a condição em que a Administração Pública é a empresa

⁶⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 404.

⁷⁰ Idem. Ibidem.

tomadora, situação em que não se forma vínculo empregatício em virtude da exigência constitucional de prévia aprovação em concurso público nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal. Essa hipótese será mais bem analisada em tópico a frente referente as especificidades da terceirização no âmbito da Administração Pública.

Outro ponto pertinente disposto na Lei nº6.019/1974, visando coibir práticas que dissimulem a relação de emprego é a contida no art. 5º-C⁷¹ que segue:

Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4o-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

A chamada pejetização é a contratação de empregados por meio de uma pessoa jurídica para prestar serviços. A aludida prática é uma fraude, considerada ilegal pelo ordenamento jus-trabalhista, visto que mascara a relação de emprego sob o manto de outra forma jurídica, com o fim de eximir-se do pagamento das verbas e dos encargos trabalhistas e previdenciários⁷². O artigo supracitado objetiva estender a proteção contra esse tipo de situação pelo prazo de 18 meses. Entretanto, findo o período determinado, a situação pode acabar ocorrendo.

O art.5-D da Lei 6.019/1974⁷³ dispõe quanto a período de quarentena em que empregado da empresa tomadora, uma vez demitido, não pode voltar a laborar para a mesma através da empresa prestadora, conforme segue:

O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

É uma salvaguarda para que o empregado não venha a ser demitido e continue trabalhando como terceirizado através de empresa prestadora de serviços.

⁷¹ BRASIL. Lei nº 6.019/74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 14 jun. 2019

⁷² WEITZEL, Gisele de Almeida. Terceirização X Pejetização. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI289995,91041-Terceirizacao+x+pejetizacao>. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁷³ BRASIL. Lei nº 6.019/74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 14 jun. 2019

Contudo, após o período de 18 meses determinado no artigo referido, é possível a substituição de empregados diretos por terceirizados, deixando a empresa de ser a empregadora e passando a ser tomadora do serviço.

Quanto ao tomador de serviços que opta pela terceirização, a Lei nº 6.019/1974⁷⁴ com redação dada pela Lei nº 13.467/2017, define o contratante no art. 5º-A caput como:

Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

A possibilidade de terceirização em qualquer atividade da contratante, tomadora de serviços, inclusive sua atividade principal, é reiterada nesse artigo, não tendo mais relevância as distinções anteriormente elaboradas pela doutrina e jurisprudência para atividade-fim e atividade-meio.⁷⁵ Também não se limita a natureza jurídica do contratante, podendo-se inferir que abarca tanto pessoas jurídicas de direito privado, como de direito público, atentando-se as peculiaridades do setor público.⁷⁶

Garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato, é de responsabilidade do contratante segundo determina o §3º do art. 5º-A. Assim, em eventuais acidentes que possam ocorrer, a responsabilidade é solidária entre prestadora de serviços, empregadora do trabalhador terceirizado, e tomador dos serviços por ter o dever de zelar pelo meio ambiente de trabalho.

No que se refere à responsabilidade pelo adimplemento das obrigações trabalhistas a Súmula 331, incisos IV e VI, do TST, firmava o entendimento de que a empresa contratante era subsidiariamente responsável nessas situações. Com as alterações da Lei nº 13.429/2017 manteve-se essa compreensão ficando expresso no texto legal, nos termos do art. 5º-A, §5º:

⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 6.019/74**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 14 jun. 2019

⁷⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 409

⁷⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pérciles Rodrigues Marques de. **Terceirização total: entenda ponto a ponto**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 73.

A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

Cabe a quem opta pela terceirização escolher empresa idônea e acompanhar o cumprimento das obrigações trabalhistas, sob pena de ter que arcar com esses compromissos. Em caso de descumprimentos dos direitos do empregado, o responsável principal é o empregador, a empresa prestadora de serviços. Secundariamente, se esta não tiver condições patrimoniais suficientes de adimplir com essas obrigações, o tomador passa a responder de forma subsidiária.⁷⁷

Relevante apontamento faz Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁷⁸ acerca do tema:

Qualquer disposição contratual entre tomador e a empresa prestadora, excluindo a responsabilidade subsidiária daquele, não tem eficácia perante o trabalhador, eis que a responsabilização decorre de norma de ordem pública, cogente, e, portanto, irrevogável pela vontade das partes.

Oportuno salientar que no âmbito das entidades da Administração Pública a responsabilidade subsidiária possui contornos específicos que serão discutidos em tópico a parte.

No julgamento da (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252 o STF aprovou a seguinte tese de repercussão geral: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. Assim, o Supremo Tribunal Federal ratificou a hipótese de terceirização na atividade-principal e ainda fez menção a responsabilidade subsidiária do tomador, demonstrando que o julgamento da Corte não alterou entendimento em relação à matéria.⁷⁹

Por fim, esse tópico não pretendeu exaurir o tema quanto às modificações que Lei da Reforma Trabalhista trouxe ao instituto da terceirização, mas sim analisar

⁷⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 412

⁷⁸ Idem. Ibidem.

⁷⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 309

alguns pontos apresentando um panorama dessas alterações, entre as quais a principal delas a possibilidade de terceirização na atividade-fim.

3 A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 TERCEIRIZAÇÃO: UMA RESPOSTA A REFORMA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

A Administração Pública⁸⁰ não ficou imune ao novo contexto de transformação econômico-social vivenciado no pós-guerra ao redor do mundo, inclusive no Brasil. Diferentes métodos de gerenciamento, organização e divisão do trabalho emergiram nessa conjuntura.

O aumento abrupto nos preços do petróleo, em 1973 e 1979, desencadeou uma crise econômica mundial, que interrompeu o longo período de crescimento econômico experimentado durante os trinta anos subsequentes à Segunda Guerra Mundial, tanto em países de economia central, quanto nos países de economia periférica, como o Brasil. No mesmo intervalo de tempo, em contrapartida, também se verificou o fortalecimento do mercado econômico globalizado, aliado à tecnologia desenvolvimentista.⁸¹

Assim, o modelo estatal de organização administrativa é repensado com o objetivo de reduzir os gastos públicos, bem como gerar reflexões a respeito do papel do Estado na regulação da economia nacional. A intervenção estatal, até então comumente prescrita por economistas de renome como a solução para as mazelas do sistema capitalista, paulatinamente perdeu força no pensamento econômico, em decorrência da diminuição de recursos econômicos e da pressão exercida pelo modelo da globalização sobre as economias nacionais. Para restaurar o crescimento de sua produção, minado pelos choques petrolíferos, as nações capitalistas, por meio de suas elites empresárias e políticas, iniciaram a reforma de uma Administração Pública vasta e custosa, com flexibilização do aparato burocrático

⁸⁰ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo : Malheiros, 2016. p. 68: Segundo Hely Lopes Meirelles a Administração Pública em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. Meirelles, Helly Lopes, *Direito administrativo brasileiro*

⁸¹ GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública**. Porto Alegre : Núria Fabris, 2013. p. 129

para que o Estado mantivesse a prestação de serviços públicos à sociedade, e ao mesmo tempo diminuísse seus custos operacionais.⁸²

Nesse cenário, as políticas estatais intervencionistas não condiziam mais com os interesses vigentes da ordem capitalista. Conforme Helder Santos Amorim *“o alto custo do Estado de Bem-Estar tornou-se assim o grande entrave da ordem econômica”* que apregoava medidas como *“[...] redução da carga tributária trabalhistas, flexibilização dos direitos trabalhistas e o corte das despesas públicas”*⁸³

Fernando Luiz Abrucio⁸⁴ ainda esclarece que:

“[...] o Estado contemporâneo vinha perdendo seu poder de ação, especialmente se levarmos em conta os problemas da “governabilidade” (governos sobrecarregados) e os efeitos da globalização. Portanto, surgia naquele momento não só um Estado com menos recursos; era um Estado nacional com menos poder. Para enfrentar esta situação, o aparato governamental precisava ser mais ágil e mais flexível, tanto em sua dinâmica interna como em sua capacidade de adaptação às mudanças externas.”

Diante dessa situação, como medidas desoneradoras⁸⁵, surge a ideia da descentralização administrativa, em que atividades da Administração Pública passam a ser exercidas indiretamente por meio da transferência de atribuições a outras pessoas jurídicas, físicas, públicas ou privadas. É nesse contexto que viceja a concessão, autorização, permissão e também a terceirização de serviços no âmbito público.

⁸² GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública**. Porto Alegre : Núria Fabris, 2013. p. 130

⁸³ AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009, p. 57

⁸⁴ ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública. Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos Enap**, Fundação Nacional de Administração Pública, Brasília, v. 10, 1997. p.10

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.31: Maria Sylvia Zanella Di Pietro alude a privatização para designar os instrumentos que o Estado utiliza-se para diminuir o aparelhamento burocrático estatal. “Daí o instituto da privatização, considerado em seu sentido amplo, para designar todos os instrumentos de que o Estado se serve para reduzir o tamanho de seu aparelhamento administrativo; daí a quebra de monopólios, para tornar competitivas atividades que vinham sendo exercidas com exclusividade pelo poder público; daí a delegação de serviços públicos aos particulares, pelos institutos da autorização, permissão, concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas; daí também a parceria com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos ou serviços de utilidade pública, por meio de convênios, consórcios, termos de parceria e contratos de gestão; **daí também a intensificação do recurso ao instituto da terceirização para buscar a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades-meio da Administração.**[grifo nosso]

Vale ressaltar, a reforma administrativa e a terceirização sempre estiveram ligadas uma vez que neste novo modelo de gerenciamento estatal, a terceirização foi umas das possíveis soluções para o contingenciamento de gastos com o pessoal, sendo a Administração Pública um dos primeiros setores da sociedade a criar mecanismos jurídicos que tratassem do tema como veremos a seguir.

3.2 A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Decreto Lei nº 200/67, foi um mecanismo jurídico que tornou concreto o anseio do administrador público de reforma do aparelho estatal, e propiciou meios de contingenciamento de custos de pessoal neste novo panorama de gerenciamento do Estado de descentralização administrativa.

Dispõe o art. 10, caput, do DL nº200/67⁸⁶ que “*A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada*” e consubstancia o desejo da reforma administrativa estatal ao afirmar no §7º do mesmo artigo que:

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. [grifo nosso]

O DL nº200/67 estabeleceu um novo modelo administrativo público, influenciado por uma matriz de viés liberal, gerencialismo produtivo privado e desenvolvimento de novas tecnologias que modificaram a execução, organização e divisão do trabalho.⁸⁷ A descentralização administrativa promovida pelo decreto considera, sobretudo, a possibilidade da Administração Pública diminuir custos e garantir eficiência através da transferência de atividades para outros entes, como

⁸⁶ BRASIL, **Decreto-Lei nº 200/67**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em 08 jun. 2019

⁸⁷ GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública**. Porto Alegre : Núria Fabris, 2013. p. 132

autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista, empresas públicas e privadas, através da execução indireta de atribuições da Administração Pública.

Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira⁸⁸:

“A reforma iniciada pelo Decreto-Lei 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Toda a ênfase foi dada à descentralização mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada.”

O diploma legal instiga a administração estatal a desobrigar-se da execução direta de tarefas executivas, instrumentais, recorrendo, sempre que possível à execução indireta. O DL nº200/67 permitiu o procedimento terceirizante no âmbito estatal, uma vez que à Administração Pública, considerando o princípio da legalidade, só é possível de executar o que está sujeito em lei. Conforme Maurício Delgado Godinho “resta claro que um certo conjunto de tarefas enfrentadas pelos entes estatais poderia ser efetuada por meio de empresas concretizadoras desses serviços, portanto, mediante, terceirização.” Contudo, ainda mantinha-se dúvida em relação à extensão da terceirização autorizada na administração pública, mais especificamente quanto ao grupo de tarefas, atividades e funções que poderiam ser objeto de procedimento terceirizante.

A Lei nº 5.645/1970⁸⁹, posteriormente, elucidou essa questão conforme exposto no art. 3º:

Art. 3, 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.

Segundo Maurício Delgado Godinho⁹⁰ trata-se de rol exemplificativo, não ficando a terceirização adstrita as atividades ali elencadas, entretanto defende que é *“inquestionável que todas as atividades referidas nesse rol encontram-se*

⁸⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, n. 1, 5-42, jan.-mar, 1998.p 11

⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 5.645/70**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm. Acesso em: 08 jun. 2019.

⁹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p.539

unificadas pela circunstância de dizerem respeito a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio.”

Contudo, o resultado dessas disposições legais que visavam a redução de custos não foi o almejado. Os custos da máquina pública continuavam a aumentar de maneira considerável. A contratação desmedida e sem parâmetros pré-definidos de pessoal, alheio ao instituto do concurso público, que só foi estabelecido com a promulgação da Constituição Federal em 1988, propiciou espaço para práticas despóticas e patriarcalistas que criaram uma composição de quadro de pessoal consideravelmente oneroso no âmbito público.

“O Decreto-Lei 200 teve, entretanto, duas conseqüências inesperadas e indesejáveis. De um lado, ao permitir a contratação de empregados sem concurso público, facilitou a sobrevivência de práticas patrimonialistas e fisiológicas. De outro lado, ao não se preocupar com mudanças no âmbito da administração direta ou central, que foi vista pejorativamente como “burocrática” ou rígida, deixou de realizar concursos e de desenvolver carreiras de altos administradores. O núcleo estratégico do Estado foi, assim, enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista do regime militar, que, ao invés de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível, selecionados através de concursos públicos, preferiu contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais.”⁹¹

A Administração Pública, ao tentar a redução de custos da máquina estatal, vedou no art. 2º, §2º, da Lei nº 5.845/1972 a contratação de serviços, a qualquer título e sob qualquer forma inclusive com empresas privadas na modalidade prevista no §7º do art. 10 do DL nº200/67. Ainda, nesse mesmo raciocínio, o Decreto nº 86.795/1981 proíbe a realização de despesas que envolvam a contratação de mão-de-obra indireta, por meio de firmas particulares de prestação de serviços, excetuando-se a ordem as entidades que recebessem recursos da União unicamente para a constituição de capital e também a ampliação de mão-de-obra para serviços de limpeza e higienização, conforme art. 1, §§ 1 e 2º, alínea “c” do Decreto nº 86.795/1981. Observa-se que esses dispositivos legais tentavam conter a terceirização de serviços no ambiente estatal, que estava crescendo demasiadamente.⁹²

⁹¹PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, n. 1, 5-42, jan.-mar, 1998.p.11

⁹² SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 137

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mudanças no modelo gerencial da Administração Pública foram requeridas. Princípios norteadores da administração estatal, entre eles, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidades e eficiência estavam expressos no texto constitucional conforme art. 37, caput, CF. Com isso, houve um enrijecimento e até inflexibilidade em face das diretrizes constitucionais na contratação de trabalhadores diante a exigência de submissão a concurso público de provas ou de provas e títulos para admissão em cargo ou emprego público nos termos do art. 37, II, CF.

O texto constitucional, através do instituto do concurso público, vedou a contratação e a vinculação jurídica ao Estado de forma precária. Estabeleceu-se que as atividades tipicamente estatais fossem desenvolvidas por servidores e empregados públicos de carreira.⁹³ A escolha de medidas como essa pelo legislador constituinte originário obviamente acarretou o enxugamento da máquina estatal, implicando em imediata redução do número de funcionário públicos federais. Não foi ao acaso a opção por instituir mecanismos jurídicos como o concurso público, conforme expõe Luiz Carlos Bresser Pereira⁹⁴ *“a descentralização havia aberto um certo espaço para o clientelismo, principalmente no nível dos estados e municípios — clientelismo esse que se acentuara após a redemocratização.”* Dessa forma, era um meio de coibir e também dar mais lisura as atividades da Administração Pública.

Ao passo que houve uma redução no quadro de servidores e empregados públicos, a Constituição Federal também atribuiu competências ao Poder Público na prestação de serviços sociais. A demanda da população por serviços estatais era ampla e crescente. E a Administração Pública frente a essa situação, não tinha capacidade suficiente para atendimento a essas necessidades.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁵ elenca duas realidades que os governantes se defrontaram diante a essa conjuntura:

“uma primeira realidade é a situação de crise, especialmente crise financeira; e isso leva a uma constatação: a Constituição Federal atribuiu competência ao poder público que ele não tem condições de cumprir a

⁹³ Art. 39 caput, CF

⁹⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, n. 1, 5-42, jan.-mar, 1998.p. 12

⁹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.31

contento; faltam verbas nas áreas de saúde, educação, previdência social, moradia, transporte, segurança; isso para falar apenas nas atividades essenciais; a segunda realidade é a procura desesperada por soluções; é a busca de institutos novos, de medidas inovadoras que permitam ao Estado lograr maior eficiência na prestação dos serviços que lhe estão afetos.”

As deficiências dos serviços estatais ocasionadas pelo reduzido número de servidores não foram sanadas por meio da contratação nos moldes determinados no art. 37, II, CF. Pelo contrário, abriu-se espaço para captação de recursos humanos em modalidades alternativas, flexíveis e de valor reduzido, dentre elas, a terceirização.

Apesar de já disposta em lei no DL nº 200/1967 e na Lei nº 5.645/1970, é a partir deste momento que, acompanhando a solução gerencial também adotada pela iniciativa privada, a Administração Pública começa a valer-se da sistemática terceirizante com maior frequência. Assim expõe Winnicius Pereira de Goés⁹⁶

“A subcontratação de trabalhadores terceirizados foi vista como solução aos problemas ocasionados pelo engessamento constitucional, por facilitar a contratação de trabalhadores por intermédio de empresa imposta sob a justificativa de que, assim, chegar-se-ia à maior eficiência dos serviços públicos, juntamente com o suprimento da alta demanda por esses com qualidade.”

A Constituição, no art. 37, inciso XXI, dá fundamento para contratação de serviços ao incluí-los entre os contratos dependentes de licitação. Portanto, no âmbito da Administração Pública, é permitida a terceirização como contrato de prestação de serviços, desde que precedida da exigência constitucional do procedimento licitatório.

A Lei nº 8.666/1993⁹⁷ promulgada no início da década de 90, institui normas para licitação e contratos junto à Administração Pública, regulamentando o art. 37, inciso XXI, da CF, dispondo de formas específicas de contratação de serviços junto a terceiros. No art. 6, inciso II, estabelece o conceito de serviço como toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração e exemplifica nas tarefas de demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens,

⁹⁶ GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública**. Porto Alegre : Núria Fabris, 2013. p. 137

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.666/1993** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 08 jun. 2019

publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais, bem como no art. 10, inciso II, define que a execução indireta de serviços e obras se dará através de empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral. A lei ainda especifica no art. 13 quais trabalhos são considerados serviços técnicos especializados conforme elenca nos seus incisos:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Outro dispositivo pertinente desse diploma legal é o art. 71, §1º que dispõe quanto a não transferência para a Administração Pública da responsabilização pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas pela empresa contratante, prestadora dos serviços. Este artigo tem implicações significativas para a terceirização na Administração Pública e será discutido em tópico a frente neste capítulo.

Em 1995 é publicada a Lei 8.987⁹⁸ que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da CF. No art. 25 caput determina-se que incumbe à concessionária a execução do serviço concedido cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade. Sem prejuízo dessa responsabilidade, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados, conforme disposto no §1º do mesmo artigo.

Com a edição do Decreto nº 2.271/1997⁹⁹ foi ampliado pelo Governo Federal ampliado o rol de possibilidades para a contratação de prestadoras de serviços (execução indireta) conforme segue:

⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 8.987/1995** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 jun. 2019

⁹⁹ BRASIL, **Decreto n.º 2.271/1997**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm. Acesso em: 10 jun. 2019

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

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

O Decreto nº 2.271/1997 elenca quais as hipóteses de terceirização no âmbito estatal e também impõe uma vedação a terceirização: não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal, conforme disposto no art. 1º, §2º. Ainda no art.3 dispõe que o objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁰ ao analisar o processo de reforma administrativa brasileira declara que:

“Na realidade isto sempre foi feito, sem que se empregasse o termo terceirização, o que permite reafirmar que o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vêm carregados de nova ideologia.”

Para Winnicius Pereira de Goés¹⁰¹ a terceirização, enquanto execução de serviços (e obras) tomou conta da Administração Pública brasileira, dando início ao que denomina superterceirização dos serviços públicos. A influência da esfera privada, fez com que o administrador público adotasse a relação trilateral terceirizante como modelo ideal para a reforma administrativa. A utilização da terceirização teve a finalidade precípua de evitar falência administrativa, controlar gastos públicos, reduzir o quadro de pessoal e direcionar adequadamente os recursos públicos. Contudo, não se pode esquecer que a terceirização de serviços no ambiente estatal tem os mesmos reflexos sociais que acontecem no âmbito

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 227

¹⁰¹ GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública**. Porto Alegre : Núria Fabris, 2013. p. 139-144

privado, como menor remuneração salarial, condições de trabalho precarizantes, alta rotatividade no emprego, dificuldade de enquadramento sindical.

Com o advento da Lei nº 13.467/2017, mudanças substanciais ocorreram no instituto da terceirização. O Decreto nº 2.271/1997 regulamentou por mais de duas décadas a execução indireta de serviços no âmbito da Administração Pública, até ser revogado pelo Decreto nº 9.507/2018 que acompanhou as alterações no modelo terceirizante propostas pela Reforma Trabalhista. O Decreto nº 9.507/2018 será objeto de análise em tópico a frente, tendo em vista a relevância para o tema proposto neste trabalho.

3.3 ASPECTOS ESPECÍFICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO ESTATAL

A terceirização, instituto já bastante utilizado no setor público, desenvolve-se na Administração Pública com contornos específicos próprios do ambiente estatal, em que limites constitucionais, infraconstitucionais e jurisprudenciais devem ser considerados.¹⁰²

A contenção de despesas públicas, enxugamento do quadro de pessoal, eficiência e maximização da aplicação de recursos e serviços públicos, objetivos traçados pelo administrador público, que se utiliza da terceirização para alcance destes, defrontam-se com barreiras constitucionais e legais, obstáculos à adoção da fórmula trilateral desmensurada.¹⁰³

Em relação aos efeitos jurídicos da terceirização empregada por entidades da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, a Constituição Federal, promulgada em 1988, apresenta uma especificidade. A aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisito insuperável para investidura em cargo ou emprego público, admitindo-se unicamente essa via para contratação de pessoas na Administração Pública, considerando nulo o ato de admissão efetuado em inobservância a esse preceito constitucional, nos termos do art. 37, inciso II e §2º da CF. Para Maurício Godinho Delgado¹⁰⁴ *“nesse quadro insculpiu um exposto obstáculo, desde 5.10.1988, ao reconhecimento de vínculos*

¹⁰² GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública**. Porto Alegre : Núria Fabris, 2013. p. 127

¹⁰³ Idem. Ibidem.

¹⁰⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 562

empregatícios com entes da administração pública, ainda que configurada a ilicitude da terceirização”.

Mesmo na ocorrência de irregularidades na contratação de prestadora de serviços na Administração Pública, em que há verdadeira intermediação de mão-de-obra, presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego, é impossível o reconhecimento da existência de vínculo empregatício entre o trabalhador e o ente público, diante a vedação constitucional do art. 37, inciso II, da CF, por força do qual a investidura em cargo ou emprego público obrigatoriamente exige a aprovação em concurso público. Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹⁰⁵ *“nesse caso, o princípio da primazia da realidade, peculiar ao Direito do Trabalho, é sobrepujado pelo princípio da legalidade, a que a Administração está integralmente obrigada.”*

O legislador constitucional pretendeu ao instituir a forma do concurso público como via inderrogável de ingresso ao quadro da Administração uma garantia em favor de toda a sociedade haja vista a tradição fortemente patrimonialista nas práticas administrativas imperantes no país. A Administração e patrimônios públicos sintetizam valores e interesses de toda a coletividade, não devendo servir a interesses pessoais específicos nem beneficiar categorias particulares.¹⁰⁶

A cerca disso, ponder, a Winnicius Pereira de Góes¹⁰⁷:

“A utilização irracional do modelo contratual, anterior à Constituição vigente, favorecia o nepotismo e o clientelismo administrativo, marcado pelo favorecimento de pessoas próximas aos administradores públicos à obtenção de cargos ou empregos públicos, prática atualmente vedada por ir de encontro aos princípios constitucionais voltados à boa administração.”

A Súmula 331¹⁰⁸ do TST absorveu essa vedação constitucional conforme conta no inciso II, que segue:

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).

¹⁰⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 17. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 85

¹⁰⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 562

¹⁰⁷ GÓES, Winnicius Pereira de. **A terceirização de serviços no âmbito da administração pública**. Porto Alegre : Núria Fabris, 2013. p. 158

¹⁰⁸ TST. **Súmula 331**. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.htm. Acesso em: 20 jun. 2019

Entretanto, pontua Mauricio Godinho Delgado¹⁰⁹, o tema não está pacificado na jurisprudência, inclusive porque a súmula não responde questões pertinentes quanto às consequências da terceirização ilícita praticada por entidades da administração estatal. O doutrinador relata a existência de três posições interpretativas a respeito da temática.

A primeira delas, em um polo extremado, defende que, considerando a terceirização ilícita não formar vínculo empregatício com a Administração Pública, por conta da exigência constitucional do concurso público, não teria ela também aptidão para produzir benefícios ao trabalhador ilicitamente terceirizado. Trata-se de entendimento nefasto, uma vez que pretende negar comunicação remuneratória a prática trabalhista ilícita, beneficiando os sujeitos favorecidos pela ilicitude perpetrada, o que é sumamente grave, do ponto de vista da cultura jurídica contemporânea.

A segunda posição situa-se no extremo polo oposto, desconsiderando peremptoriamente regra constitucional expressa de vedação a vínculo ,empregatício com as entidades da administração estatal a margem do concurso público, determinado no art. 37, inciso II, da CF. Nesse entendimento sustenta-se que a prática ilícita não poderia beneficiar aquele que por ela já foi economicamente favorecido, no caso a entidade estatal tomadora dos serviços. Dessa forma, nivela-se a terceirização ilícita na Administração Pública aos mesmos ditames apostos caso essa ilicitude trabalhista fosse perpetrada por entidade da iniciativa privada configurando uma situação-padrão de nulidade no Direito do Trabalho, sofrendo os efeitos comuns ao ramo justralhista: convalidam-se todos os atos praticados, atribuindo validade ao vínculo jurídico empregatício com o ente estatal tomador dos serviços, que em consequência assume a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada.

A terceira corrente compreende os méritos das outras duas correntes diametralmente opostas, situando-se em um ponto de equilíbrio. Reconhece o comando constitucional inquestionável da negativa de vínculo empregatício sem concurso público, defendido na primeira vertente, como também busca alternativas

¹⁰⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 553 -554

para que o ilícito não favoreça economicamente aquele que já foi beneficiado pelo trabalho despendido, posição firmada pela segunda corrente.

A corrente intermediária, tem sido, nos últimos anos, a mais prestigiada pela jurisprudência, ajustando-se também ao disposto na Súmula 331, inciso II, do TST, visto que não cabe a ordem justrabalhista negar validade e eficácia a ordem constitucional, tampouco não há dúvida de que a Constituição estabelece clara e firme diferenciação entre entidades estatais e privadas no tocante a solenidade da contratação da força de trabalho. Este entendimento também contempla a necessidade de harmonizar-se com demais princípios e regras constitucionais tão relevantes quanto a regra vedatória estabelecida no art. 37, inciso II e §2º, da CF, como o princípio da isonomia constante nos art. 5º, caput e inciso I e art. 7º, inciso XXXII da CF, afastando-se dos efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita.

Segundo expõe Maurício Godinho Delgado¹¹⁰:

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

Nesse sentido firmou-se a jurisprudência como demonstra a OJ 383¹¹¹ da SDI-I do TST que segue:

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

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

¹¹⁰DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 565

¹¹¹ TST, SBDI-I. **OJ nº 383**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html. Acesso em: 20 jun. 2019

Embora afastado o vínculo de emprego, ante a inexistência de prévia aprovação em concurso público, isso não elide o direito do trabalhador terceirizado as mesmas verbas salariais e vantagens auferidas pelos empregados da tomadora de serviço exercentes das mesmas funções, cabendo a empresa prestadora dos serviços o pagamento das diferenças salariais decorrentes da isonomia e comunicação remuneratória, respondendo a entidade estatal, tomadora dos serviços, subsidiariamente, nos termos da Súmula 331, inciso IV, do TST. Em tópico pertinente discutir-se-á possível repercussão da terceirização na atividade-fim no âmbito da Administração Pública quanto à equiparação salarial.

Ainda, dentro das especificidades atinentes a terceirização no ambiente estatal, há a responsabilização subsidiária pelo adimplemento dos encargos trabalhistas, conquanto demonstrado que não houve a devida fiscalização por parte do ente público no contrato com a empresa prestadora de serviços. Ou seja, diferentemente da iniciativa privada, não há responsabilização subsidiária automática.

O STF ao julgar a Ação de Declaração de Constitucionalidade ADC – 16 DF, declarou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/1993, conforme a seguinte ementa¹¹²:

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, precedente. 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.” (STF, Pleno, ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 09/09/2011)

Para o STF torna-se necessária a presença da culpa *in vigilando* da entidade estatal, ou seja, é necessária sua desídia fiscalizatória quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, derivada da culpa). Nesse julgamento foram afastados pelo STF dois fundamentos tradicionais para a responsabilização das entidades estatais. A responsabilidade objetiva, por não ser aplicável às relações de terceirização o art. 37, §6º, da CF; de

¹¹² TST – AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE – ADC 16. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>. Acesso em 20 jun. 2019

outro lado, a responsabilidade subjetiva por culpa *in elegendo*, uma vez que havendo processo licitatório, em que são rígidas as exigências legais para a licitação, essa circunstância eliminaria a culpa na escolha do contratante terceirizado.¹¹³

Concluiu-se no julgamento da ADC-16 DF que atende melhor ao ordenamento jurídico em vigor, a possibilidade de responsabilização subsidiária dos entes públicos, quando houver comprovação de sua falha na supervisão do adimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços.¹¹⁴

Em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, o TST redigiu nova redação à Súmula 331 do TST, diferenciando a regra destinada as entidades privadas da regra aplicável às entidades estatais, conforme exposto no inciso V da Súmula 331¹¹⁵ que segue:

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.”

Posteriormente a questão voltou a ser discutida novamente no STF no RE 760.931/DF, confirmando-se o entendimento, adotado na ADC -16 DF, que veda responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo a sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. Na decisão do recurso extraordinário foi fixada a seguinte tese de repercussão geral¹¹⁶:

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a

¹¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 565

¹¹⁴ COELHO, Humberto Alves; NEVES, Marcelo José das . A responsabilidade subsidiária da administração pública na terceirização, segundo a jurisdição constitucional: obrigações, encargo probatório e limites interpretativos : um contributo prático aos potenciais sujeitos do processo : trabalhador, empresa terceirizada, administração pública e órgão jurisdicional. **REVISTA LTR: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 81, n. 05, p. 578

¹¹⁵ TST. **Súmula 331**. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.htm. Acesso em: 20/ jun. 2019

¹¹⁶ STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – **RE 760.931.02/05/2017**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Acesso em: 20 jun. 2019

responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/3”. (STF, Pleno, RE 760.931/DF, DJe 02/05/2017)

Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹¹⁷ é possível afirmar que a exclusão da responsabilidade da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, é aplicável quando esta cumpre as normas sobre licitação, fiscalizando o contrato administrativo firmado com a empresa contratada, prestadora dos serviços. E, conforme o caso concreto, excepcionalmente, é possível a responsabilização do ente público, quando houver fundada demonstração de que incorreu em dolo ou culpa na fiscalização contratual.

Relevante mencionar ainda o exposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁸ a respeito da aplicabilidade da Súmula 331 do TST à Administração Pública em virtude da entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017. Conforme depreende a doutrinadora, salvo no caso das empresas estatais, as alterações introduzidas pela Lei nº 13.429/2017 não tem aplicação aos entes públicos, mantendo-se a aplicação da Súmula 331 do TST na parte referente especificamente a Administração Pública, incisos estes que foram analisados neste tópico.

3.4 DECRETO Nº 9.507/2018: UMA ANÁLISE DO REGULAMENTO DA EXECUÇÃO INDIRETA DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Seguindo a nova compreensão abrangente conferida ao instituto da terceirização pela Reforma Trabalhista como também considerando decisão do STF nos julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e Recurso Extraordinário (RE) 958252 em que foi aprovada pelo plenário da corte a tese¹¹⁹ de repercussão geral nº 725 – “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentes do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” – o Governo Federal editou o Decreto 9.507/2018 publicado em 21 de setembro de 2018.

¹¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 414

¹¹⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.439

¹¹⁹ STF, Notícias STF, STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>. Acesso em 16 jun. 2019

Impende uma análise pormenorizada aos dispositivos desse diploma legal haja vista a pertinência para este trabalho do tema que regulamenta, por especificar quais serviços de âmbito da Administração Pública são passíveis de execução indireta. Ressalte-se que o decreto não faz uso do termo terceirização.

O Decreto 9.507/2018 regulamenta o disposto no § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200/1967 e Lei nº 8.666/1993, estatuinto sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, traçando novas diretrizes a terceirização na Administração Pública, revogando o Decreto 2.271/1997 que nos últimos vinte anos disciplinou a matéria.

Qualquer serviço prestado aos entes estatais seja por licitação ou dispensa desta passa a estar regido pelo Decreto nº 9.507/2018, que transcreveu para a forma de lei¹²⁰ algumas regras já elaboradas para os procedimentos de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional através da Instrução Normativa nº5, de 26 de maio de 2017¹²¹.

Inicialmente, nota-se a mudança da perspectiva deontológica adotada em referência ao Decreto nº 2.271/1997, que discrimina quais atividades poderiam ser objeto de execução indireta, ao passo que o Decreto nº 9.507/2018 restringe-se a apontar quais atividades não podem ser objeto de terceirização, admitindo-se por exclusão, a execução indireta de todas as demais.¹²² Dispõe Francisco Meton Marques de Lima¹²³:

“o Decreto n. 9.507/2018 [...] utilizou a fórmula residual das possibilidades, ou seja, relaciona o que não pode. Logo, o que não constar da vedação, será permitido. E ainda, entre o que não pode, abre exceções à permissividade. O

¹²⁰ VITALINO, Fábio Cavalcanti. Principais problemas do Decreto 9507/18 | Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://adjudicia.jusbrasil.com.br/artigos/629322372/principais-problemas-do-decreto-9507-18-decreto-n-9507-de-21-de-setembro-de-2018#comments>. Acesso em: 16 jun. 2019

¹²¹ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, **Instrução Normativa Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017**, Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em 16 jun. 2019

¹²² DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. **REVISTA LTR: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 82, n. 11, nov. 2018, p. 1322.

¹²³ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. **Terceirização total: entenda ponto a ponto**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 42.

Decreto não preceitua que o mais, não constante no rol de proibições, pode ser terceirizado. Di-lo, no entanto, pela implicitude, ou silêncio eloquente.”

Segundo o Decreto nº 9.507/2018¹²⁴, art. 3, incisos I, II, III, IV, que segue:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Conforme preceituado as atividades que envolvam tomadas de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, as consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, as relacionadas ao poder de polícia, de outorga de serviços públicos e aplicação de sanções, a princípio, não são passíveis de terceirização.

Disposição idêntica ao Decreto Lei nº 2.271/1997 também manteve no art. 1, §2º, ao vetar a terceirização de atividades que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas por planos de cargos, com exceção a disposição legal em sentido contrário ou caso se trate de cargo extinto, total ou parcialmente no âmbito do quadro geral de pessoal.

Contudo, há de se ressaltar que mesmo nas atividades elencadas como não exequíveis indiretamente o art. 3 faz uma ressalva no §1º ao expressar que se tratando de serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios é possível a transferência da prestação do serviço, retendo a Administração Pública a responsabilidade para realização do ato administrativo ou tomada de decisão. Ou seja, mesmo as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, ainda que não atinentes a cargo extinto total ou

¹²⁴BRASIL. Decreto nº 9.507/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em 16 jun. 2019.

parcialmente, podem ser objeto de terceirização, desde que sejam atividades de apoio. É que o deflui o art.3, §1º¹²⁵:

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

A vedação absoluta a terceirização no âmbito da Administração Pública federal direta, indireta, autárquica e fundacional fica adstrita aos serviços referentes ao exercício do poder de polícia em que não se permite a execução indireta, mesmo nas atividades auxiliares, acessórias ou instrumentais. É o que segue no art.3, §2º¹²⁶.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento **relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.**

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, o impedimento imposto à execução indireta de serviços se refere às atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, conforme redação do art.4, caput. Contudo, há diversas hipóteses de exceção a esta vedação, segundo decorre o disposto no art.4, incisos I, II, III, IV, que seguem¹²⁷:

“I - caráter temporário do serviço;
 II - incremento temporário do volume de serviços;
 III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou
 IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.”

As hipóteses excetivas elencadas em lei abrem um amplo leque de possibilidades à terceirização dos empregados das empresas estatais, viabilizando,

¹²⁵ BRASIL. Decreto nº 9.507/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 16 jun. 2019.

¹²⁶ BRASIL. Decreto nº 9.507/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 16 jun. 2019

¹²⁷ BRASIL. Decreto nº 9.507/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 16 jun. 2019

primeiramente que trabalhadores terceirizados e empregados concursados laborem lado-a-lado em funções idênticas, e secundariamente, que essas funções sejam paulatinamente substituídas em definitivo por contratos de prestação de serviços, à medida que forem vagando, sendo desenvolvidas por trabalhadores terceirizados. A única precaução reside na determinação de que os empregados contratados laborem apenas na execução dos serviços contratados, segundo dispõe o art. 4, §2º, o que se torna de difícil controle tratando-se de atividades idênticas.¹²⁸

Ainda no art. 4, §4º, consta que cabe ao Conselho de Administração ou órgão equivalente estabelecer o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços. As possibilidades de terceirização dispostas no art. 4 são amplas, atingindo inclusive a função de empregados concursados, se tratando de cargo extinto ou em processo de extinção consoante art.4, §3º. Na prática, o Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista, a depender da justificativa adotada, poderão terceirizar as atividades de qualquer natureza, principais ou acessórias.¹²⁹

O art. 7º trata dos requisitos necessários no instrumento convocatório e também no contrato. Destaque para a determinação de que o objeto do contrato deve estar definido de forma precisa, no art. 7º caput, em similitude com o que dispõe a Lei nº 6.019/1974, art. 5º-B, inciso II, que assevera que o contrato de prestação de serviços deve conter especificação do serviço a ser prestado. Ressaltem-se também as vedações do art.7º, inciso II, quanto à caracterização do objeto do instrumento convocatório como fornecimento de mão de obra e também a personalidade e subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante no inciso IV do mesmo artigo. Incumbe dizer, que em caso de terceirização ilícita, mesmo presentes os requisitos caracterizadores da relação empregatícia, não se forma o vínculo com a Administração Pública.

¹²⁸ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. **REVISTA LTR: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 82, n. 11, nov. 2018, p. 1323

¹²⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, **NOTA TÉCNICA n. 01**, de 06/02/2019 – CONAP/MPT, p.2. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/02/PORTAS-ABERTAS-PARA-A-CORRUP%C3%87%C3%83O.pdf>. Acesso em 23 jun. 2019

O art. 8º¹³⁰ dispõe sobre as cláusulas contratuais obrigatórias, com determinações que visam garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas:

Art. 8º Os contratos de que trata este decreto conterão cláusulas que:

I - exijam da contratada declaração de responsabilidade exclusiva sobre a quitação dos encargos trabalhistas e sociais decorrentes do contrato;

II - exijam a indicação de preposto da contratada para representá-la na execução do contrato;

III - estabeleçam que o pagamento mensal pela contratante ocorrerá após a comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS pela contratada relativas aos empregados que tenham participado da execução dos serviços contratados;

IV - estabeleçam a possibilidade de rescisão do contrato por ato unilateral e escrito do contratante e a aplicação das penalidades cabíveis, na hipótese de não pagamento dos salários e das verbas trabalhistas, e pelo não recolhimento das contribuições sociais, previdenciárias e para com o FGTS;

V - prevejam, com vistas à garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

a) que os valores destinados ao pagamento de férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão efetuados pela contratante à contratada somente na ocorrência do fato gerador; ou

b) que os valores destinados ao pagamento das férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão depositados pela contratante em conta vinculada específica, aberta em nome da contratada, e com movimentação autorizada pela contratante;

VI - exijam a prestação de garantia, inclusive para pagamento de obrigações de natureza trabalhista, previdenciária e para com o FGTS, em valor correspondente a cinco por cento do valor do contrato, limitada ao equivalente a dois meses do custo da folha de pagamento dos empregados da contratada que venham a participar da execução dos serviços contratados, com prazo de validade de até noventa dias, contado da data de encerramento do contrato; e

VII - prevejam a verificação pela contratante, do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, em relação aos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados, em especial, quanto:

a) ao pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

b) à concessão de férias remuneradas e ao pagamento do respectivo adicional;

c) à concessão do auxílio-transporte, auxílio-alimentação e auxílio-saúde, quando for devido;

¹³⁰ BRASIL. Decreto nº 9.507/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 16 jun. 2019

- d) aos depósitos do FGTS; e
- e) ao pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato.

Não sendo apresentada documentação comprobatória do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias, e para com o FGTS, de que trata o inciso VII, a contratante deverá comunicar o fato à contratada e reterá o pagamento da fatura mensal em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação esteja regularizada, de acordo com art. 8, §1º. E em não havendo quitação das obrigações por parte da contratada, no prazo de até quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços contratados, assim regula o art. 8, §2º.

O pagamento das obrigações referido no art. 8, §2º, caso não ocorra, não configura vínculo empregatício ou implica a assunção de responsabilidade por quaisquer obrigações dele decorrentes entre a contratante e os empregados da contratada, nos termos do §4ª do art. 8. O §3º do mesmo artigo ainda disciplina que o sindicato representante da categoria do trabalhador deve ser notificado pela contratante para acompanhar o pagamento das verbas referidas nos § 1º e § 2º,

Observa-se que o Decreto nº 9.507/2018 estabelece com bastante acuidade cláusulas que contemplam o adimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, prestadora dos serviços, e também refere à verificação pela contratante do cumprimento dessas obrigações, no art. 8, inciso VII. Assim, tendo em vista tamanha ampliação nas possibilidades de terceirização, atingindo inclusive a atividade finalística do ente público, compete a Administração Pública, mais do que nunca, exercer firmemente o exercício do poder de vigilância na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

O art. 9º ainda dispõe sobre demais exigências contratuais; art. 10 e 11 sobre a fiscalização da execução contratual, inclusive das obrigações trabalhistas, salientando que a Administração Pública é subsidiariamente responsável pelos débitos trabalhistas se houver prova de sua culpa na fiscalização do contrato de prestação de serviços¹³¹; arts. 12 e 13 tratam da repactuação e reajuste dos contratos.

¹³¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, ano XV, n. 88, jan-fev 2019, p.88

Este tópico se propõe a analisar os dispositivos do Decreto nº 9.507/2018, o que foi atingido. As repercussões do alargamento da terceirização no âmbito da Administração Pública, alcançando até a atividade-fim, serão discutidas no próximo tópico.

3.5 REPERCUSSÕES DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE FINALÍSTICA DO SETOR PÚBLICO

Frente às alterações na terceirização, por efeito da Reforma Trabalhista, em tempo algum houve tamanho conjunto de possibilidades a utilização desse instituto, atualmente abarcando inclusive a atividade-fim dos ofícios desenvolvidos pelas empresas. Os recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e do RE 958.252, com repercussão geral conhecida, também trouxeram um impacto expressivo na área trabalhista, ao compreender como constitucional a terceirização de atividades-fim, revisitando posição contrária firmada pela Justiça do Trabalho na Súmula 331 do TST.¹³² O governo federal ainda edita o Decreto nº 9.507/2018, que modifica o tratamento anteriormente adotado a execução indireta de serviços nas entidades estatais, acompanhando esse novo quadro.

A aplicação desse novo panorama legal e jurisprudencial ao setor público exige acomodação e ajustes. A utilização da terceirização de serviços na Administração Pública já é uma realidade.¹³³ Ademais, ainda agrega repercussões institucionais próprias do ambiente estatal. Considerando essa expressiva modificação, é essencial distinguir sua aplicabilidade para administração direta, autárquica e fundacional — e para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias (parciais ou integrais). Desse modo, neste tópico pretende-se apresentar os impactos dessa amplificação da terceirização, tanto para a Administração Pública, quanto para o trabalhador.

No espaço público a prestação de serviços tem fundamento estatutário e institucional, posto que, se destina ao cumprimento de finalidades estatais de

¹³²FERRAZ, Luciano. A terceirização na administração pública depois das decisões do STF. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/interesse-publico-terceirizacao-administracao-publica-depois-decisoes-stf>. Acesso em: 17 jun. 2019

¹³³ Idem. *Ibidem*.

interesse público, veiculada por meio de contratos de Direito Administrativo estreitamente vinculados a lei e a Constituição.¹³⁴

A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados e dos Municípios, conforme preceitua o texto constitucional no art. 37, caput., tem sua atuação pautada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ainda no art.37, inciso II, a Constituição Federal determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo. A regra é, portanto, a exigência do concurso público no âmbito da Administração Pública, não se admitindo a terceirização em fraude a essa exigência constitucional.¹³⁵

A organização do Estado pressupõe a necessidade de estruturas permanentes e contínuas, aptas ao exercício das incumbências estatais, sejam elas políticas, como o exercício de mandatos eletivos, a atuação de magistrados e membros do Ministério Público, ou estritamente administrativas, tais como as atividades de fomento, de polícia administrativa ou de serviços públicos realizados por servidores públicos em geral e particulares em colaboração com o Poder Público (no caso de serviços públicos).¹³⁶ No art. 37 que trata da organização do Estado, apenas o inciso XXI refere-se à contratação indireta de serviços, que aparece como um modo excepcional, em face do caráter residual das atividades passíveis de contratação por não integrarem atribuições essenciais à manifestação e à concretização da vontade estatal.¹³⁷

Os limites da terceirização na administração direta, autárquica e fundacional exibem contornos mais restritos do que os dispensados as empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme se depreende do Decreto nº 9.507/2018, nos artigos 3 e 4 respectivamente. Mas mesmo nessa categoria, a única vedação absoluta imposta é concernente às atribuições ligadas ao exercício do poder de polícia. Uma interpretação do Decreto nº 9.507/2018 conforme a Constituição

¹³⁴ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. *REVISTA LTR: Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 82, n. 11, nov. 2018, p. 1322

¹³⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, ano XV, n. 88, jan-fev 2019, p.76

¹³⁶ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. *REVISTA LTR: Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 82, n. 11, nov. 2018, p. 1324

¹³⁷ AMORIM, Helder Santos. *A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 209

Federal impõe que se observe a exigência de prévia aprovação em concurso público¹³⁸. Conforme expõe Gabriela Delgado e Helder Amorim¹³⁹:

“Sem sobra de dúvidas, é o concurso público o mecanismo mais eficaz, objetivo e universal de recrutamento de servidores públicos. Rejeitar essa premissa constitucional seguramente promoveria uma ruptura com a arquitetura e funcionamento de todo aparelho estatal.”

O Ministério Público do Trabalho se manifestou através da Nota Técnica nº01¹⁴⁰ a respeito do Decreto nº9.507/2019. Para o órgão, a contratação de trabalhadores terceirizados no âmbito da administração pública federal, direta e indireta nos moldes ali traçados é uma ofensa aos princípios da moralidade, impessoalidade e da eficiência, expressos no art. 37, caput, da Constituição Federal e defende que ampliação desmedida da terceirização permitirá a ocorrência de práticas patrimonialistas de apadrinhamento e nepotismo. A informalidade dos critérios na seleção dos terceirizados oportuniza a indicação de pessoas para esses postos de trabalho em detrimento da contratação de pessoas com maior competência técnica.

A Associação Nacional dos Magistrados na Justiça do Trabalho ANAMATRA publicou nota¹⁴¹ em que se diz contrária a aplicação da Lei nº 6.019/1974, alterada pela reforma trabalhista, no tange à prestação de serviços a terceiros ser aplicada à administração pública direta. Para a associação a ampliação da terceirização “ameaça a profissionalização e qualidade dos serviços públicos, esgarça o patrimônio público conquistado por servidores e compromete a própria impessoalidade administrativa que deve reger a gestão da coisa pública.” Também assevera que a transferência de serviços a terceiros poderá concretamente atentar contra o art. 37, inciso II, da CF que vincula expressa e rigorosamente a investidura em cargo ou emprego público à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

¹³⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, ano XV, n. 88, jan-fev 2019, p.79

¹³⁹ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. *REVISTA LTR: Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 82, n. 11, nov. 2018, p.1324

¹⁴⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, **NOTA TÉCNICA n. 01**, de 06/02/2019 – CONAP/MPT, p.2. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/02/PORTAS-ABERTAS-PARA-A-CORRUP%C3%87%C3%83O.pdf>. Acesso em 23 jun. 2019

¹⁴¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS. Decreto nº 9.507/2018 ameaça profissionalização do serviço público, alerta Anamatra. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/27010-decreto-n-9-507-2018-ameaca-profissionalizacao-do-servico-publico-alerta-anamatra>. Acesso em 20 jun. 2019

No tocante as empresas públicas e sociedades de economia mista o Decreto nº 9.507/2018 no art. 4, reconheceu amplo espectro de atividades passíveis de terceirização, “*na prática o permissivo franqueia a terceirização de atividades de qualquer natureza, seja acessória ou principal*”¹⁴², o critério garantidor da higidez da terceirização para atividades permanentes — independente de se tratar de atividade-meio ou atividades-fim — é a não correspondência com as atribuições às dos cargos integrantes do plano de cargos e salários¹⁴³. Mesmo assim, o art. 4, incisos I, II, III e IV, elencam hipóteses que excetua essa regra, somando-se que caberá ao Conselho de Administração ou órgão equivalente estabelecer quais atividades serão passíveis de execução indireta. Conforme analisado por Cristiana Fortini¹⁴⁴ “o argumento da competitividade poderá ser empregado para alavancar o esvaziamento dos empregos públicos nas estatais, em especial considerando que o decreto não aparta as atividades entre centrais ou acessórias.”

No julgamento dos feitos que ensejou a tese de repercussão geral de nº725 do STF, a Procuradoria-Geral da República¹⁴⁵ manifestou-se sustentando a incompatibilidade da plena terceirização de atividades nas empresas estatais. As empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, sujeitas ao regime trabalhista de direito privado por determinação do art. 173, §1º, inciso II, da CF, submetem-se ao concurso público, como condição de validade da contratação de seus empregados conforme jurisprudência assentada no STF desde 1993 no MS 21.322/DF, relatoria do Ministro Paulo Brossard. Alegou-se também que uma interpretação que admita a terceirização irrestrita nas empresas estatais oportunizaria ao administrador público poder discricionário absoluto em optar pela admissão de empregados através do concurso público ou subcontratação de serviços por licitação. E essa suposta autorização não se amoldaria ao esquadro constitucional, por violar princípios constitucionais da Administração Pública como a

¹⁴² DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. **REVISTA LTR: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 82, n. 11, nov. 2018, p.1323

¹⁴³ FERRAZ, Luciano. A terceirização na administração pública depois das decisões do STF. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/interesse-publico-terceirizacao-administracao-publica-depois-decisoes-stf>. Acesso em: 17 jun. 2019

¹⁴⁴ FORTINI, Cristiana. O Decreto Federal 9.507/18 e a terceirização na administração: primeiras impressões. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-27/interesse-publico-decreto-federal-950718-terceirizacao-administracao-publica>. Acesso em 23 jun. 2019

¹⁴⁵ PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Manifestação da, No 201.187/2017-AsJConst/SAJ/PG, **ADPF 324**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312481778&ext=.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019.

legalidade, impessoalidade e moralidade administrativa expressos no art. 37, *caput*. Também fragilizaria a higidez do sistema normativo de combate a corrupção.

Outro ponto pertinente aduzido foi quanto à inviabilidade de uma interpretação que restrinja a terceirização de serviços apenas nas empresas estatais, liberando-a irrestritamente nas empresas privadas. Isso esbarraria na ordem constitucional de equiparação de regime jurídico-trabalhista estabelecido no art. 173, §1º, inciso II, da CF, bem como criaria um obstáculo concorrencial intransponível as entidades estatais.

A posição defendida pela Procuradoria-Geral da República não prosperou. O Supremo Tribunal Federal aprovou por sete votos a quatro a terceirização de qualquer tipo de atividade, declarando lícita a terceirização da atividade-fim. Três semanas após o Executivo publica o Decreto nº 9.507/2018 que, em consonância com a concepção liberalizante da Lei da Reforma Trabalhista alteradora da Lei nº 6.019/1967, também esgarça as possibilidades de terceirização para as empresas estatais conforme já mencionado.

A violação constitucional da terceirização da atividade-fim não deve ser referida apenas com base na inobservância a regra do concurso, sem o devido alerta à violação do regime de emprego constitucionalmente protegido. Parte-se da premissa de que o trabalhador terceirizado se beneficia do posto de trabalho, ao largo do concurso público.

No entanto, observam Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim¹⁴⁶, essa premissa é frágil. A decisão de terceirizar a atividade-fim é da própria entidade pública, que ocupa um posto de trabalho com a contratação de um trabalhador terceirizado, posto que poderia ser ocupado por um trabalhador selecionado por concurso público, detentor de todas as garantias sociais e constitucionais que lhe são asseguradas. E nada impede que este trabalhador terceirizado fosse ocupar este emprego público, caso a entidade o oferecesse em concurso. Assim, afirmar que o trabalhador que labora na prestação de serviços à Administração Pública é o interessado nessa terceirização não é adequado, visto que detém menor proteção

¹⁴⁶DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 145

social, recebendo remuneração que corresponde, em média, a metade do valor recebido pelo empregado público que desempenha função idêntica.¹⁴⁷

Quanto à percepção salarial, a terceirização por si produz efeitos deletérios aos direitos do trabalhador, que são potencializados nesse panorama de ampliação da terceirização nas atividades finalísticas do Poder Público. O Decreto nº 9.507/2018 não tem por objeto regulamentar as relações laborais na prestação de serviços e por isso, nesse ponto, se cala. A Lei nº 9.016/1974 com redação introduzida pela Lei 13.467/2017, no art.4, §1º, deixa no âmbito da livre vontade dos contratantes cláusula contratual referente aos salários. Somente se contratante e contratada assim entenderem e se assim se ajustarem se terá equivalência salarial.¹⁴⁸ Há um afastamento da imperatividade da isonomia entre a remuneração percebida aos trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa tomadora que executem as mesmas funções.¹⁴⁹ Por isso, em situações como as elencadas no art. 4 do Decreto nº 9.507/2018, é possível que trabalhadores terceirizados e empregados de empresas estatais, exercendo funções com íntima similitude, senão idênticas, laborando ombreados, recebam remunerações distintas.

Embora a jurisprudência dominante entenda que o salário equitativo se aplica somente aos contratos de trabalho temporário, nos termos do art. 12, alínea “a”, e às hipóteses de terceirização ilícita nas entidades estatais - disposto na OJ 383 da SDI-1/TST, que estabelece que em caso de contratação irregular na Administração Pública por empresa interposta, conquanto haja igualdade de funções, é direto dos trabalhadores terceirizados as mesmas verbas trabalhistas asseguradas aos empregados da tomadora - atualmente a terceirização na atividade-fim não é mais considerada uma hipótese de terceirização ilícita. Assim, mesmo a terceirização lícita provoca uma inegável discriminação de trabalhadores.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Pesquisa estima que o salário do trabalhador terceirizado não representa mais do que 50% do valor estimado do salário médio real dos trabalhadores em geral. In POCHMANN, Márcio. **Sindeepress, trajetória da terceirização**. Disponível em: <http://www.sindeepres.org.br/~sindeepres/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>> Acesso em 18 jun. 2019.

¹⁴⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 308

¹⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 553

¹⁵⁰ idem. Ibidem.

As diferenças salariais entre trabalhadores tipicamente terceirizados e trabalhadores tipicamente contratados diretamente é de 24,7%¹⁵¹, e em comparação com servidores públicos federais a redução salarial é ainda mais gravosa. Em contraste a redução de salários, as empresas contratadas recebem do Poder Público, em média de quatro a seis vezes, os valores que pagam aos seus trabalhadores, num manifesto repasse de dinheiro público para o setor privado em detrimento daqueles que de fato realizam o trabalho.¹⁵²

Com esse espaço para o aumento de terceirizações no setor público, se perpetua e ainda se ratifica dentro do próprio âmbito do Estado a precarização das relações laborais propiciadas pela sistemática terceirizante, com o crítico gravame da possibilidade de trabalhadores que executam serviços idênticos, receberem verbas retributivas tão distintas por sua prestação laboral.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁵³, ao tratar sobre a terceirização na Administração Pública, defende que se a contratante tiver empregados próprios contratados diretamente e trabalhadores terceirizados contratados por empresa prestadora de serviços, exercendo funções idênticas, nas mesmas condições, pelo princípio da igualdade preceituado no texto constitucional no art. 5, caput, deve-se aplicar o mesmo patamar remuneratório e de outros direitos trabalhistas a ambos os trabalhadores, para que não haja tratamento discriminatório considerando o art. 3º, inciso IV, art 5º, inciso XLI e art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII da CF.

Outro ponto a ser abordado é quanto ao inadimplemento dos encargos trabalhistas não pagos pelas empresas contratadas, prestadoras de serviços, e a responsabilidade subsidiária do Estado. Com as alterações provocadas pela Lei nº 13.467/2017, foi incluído expressamente no texto legal a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, nos termos do art. 5º-A, §5º, mantendo o entendimento que já havia sido firmado na Súmula 331, incisos IV e VI do TST. Contudo, conforme já tratado anteriormente neste capítulo, o setor público não responde da mesma forma que a iniciativa privada, sendo responsabilizado somente se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização

¹⁵¹ Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: / dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos / Secretaria. Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014. p. 14

¹⁵² SILVA, Vânia Mendes Ramos; RIBEIRO, Weslley Carlos. Terceirização no setor público: um exemplo de direito sub-julgado à gestão. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol.4, n.1, 2017. p. 134-135

¹⁵³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, ano XV, n. 88, jan-fev 2019, p. 76

dos contratos, o que desampara sobremaneira o trabalhador, que não pode responsabilizar objetivamente a Administração Pública num eventual descumprimento dos encargos trabalhistas por parte da empresa contratada, mesmo tendo aquela se beneficiado do seu labor.¹⁵⁴

No setor público os contratos de prestação de serviços se dão através de processo licitatório, geralmente na modalidade menor preço. Com isso, não raras vezes são atraídas para o certame empresas prestadoras de serviço inidôneas, que não possuem capacidade econômica para execução do contrato, sem aporte financeiro suficiente para garantir o pagamento dos direitos dos seus trabalhadores. Muitas dessas empresas não têm uma presença real e são criadas especificamente para ser parte de um contrato com uma entidade estatal.

A quebra recorrente das empresas contratadas e o solapamento dos direitos trabalhistas tem levado a Administração Pública a estudar formas de aprimoramento da fiscalização contratual, visando evitar a responsabilidade subsidiária do ente público no pagamento dos valores inadimplidos pelas prestadoras aos trabalhadores terceirizados que prestam serviços ao Estado.¹⁵⁵

Segundo dados da AGU¹⁵⁶, entre os anos de 2010 e 2015 a União respondeu a 71.3282 processos referentes à responsabilidade subsidiária por dívidas trabalhistas. Demandas muitas vezes ajuizadas pelo mesmo trabalhador que continua ocupando o mesmo posto de trabalho, mas passa por diversas empresas prestadoras de serviço, e a cada encerramento de vínculo empregatício tem que ajuizar um novo processo judicial a fim de receber seu salário e verbas rescisórias.

O Decreto nº 9.507/2018, nos art. 8 e art. 9 tratam sobre cláusulas contratuais obrigatórias nos contratos firmados para a prestação de serviços. Os art. 10 e 11 ainda dispõem sobre a fiscalização contratual. O Decreto enfatizou a importância do cumprimento das garantias trabalhistas, podendo ainda intervir substancialmente na gestão da empresa prestadora quanto ao pagamento conforme se depreende no art. 8, inciso V. Não obstante o esforço do governo federal através do Decreto nº 9.507/2018 de resguardar o trabalhador o pagamento de seus créditos trabalhistas e especialmente resguardar o Estado dos custos arcados pelo não cumprimento

¹⁵⁴ COSTA, Andrea Dourado; GOMES, Ana Virgínia Moreira. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 04, p. 127

¹⁵⁵ SILVA, Vânia Mendes Ramos; RIBEIRO, Weslley Carlos. Terceirização no setor público: um exemplo de direito sub-julgado à gestão. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol.4, n.1, 2017. p. 134-135

¹⁵⁶ Idem. Ibidem.

dessas obrigações, a efetividade dessas medidas esbarra na eficiência da fiscalização. Os servidores destacados para o exercício dessas funções geralmente não possuem a qualificação necessária para o cumprimento da incumbência, precisando de treinamento específico, gerando custos com capacitação e grande responsabilidade para os servidores. Com a ampliação da terceirização, a tendência é agravar-se o quadro. Ademais, o desaparecimento das empresas e o não pagamento dos trabalhadores, principalmente no final dos contratos, é conduta generalizada.¹⁵⁷

A ampliação das possibilidades de terceirização sem um rígido controle por partes dos entes públicos aumentará os prejuízos ao erário uma vez que o ente paga duas vezes: inicialmente a prestadora de serviços, que deveria destinar a remuneração ao pagamento dos seus trabalhadores; depois aos próprios trabalhadores, quando demandado, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.¹⁵⁸

Há uma instabilidade relacional própria da sistemática terceirizante, em que há alta rotatividade da mão de obra do trabalhador terceirizado, em que se frustra o propósito constitucional de continuidade de vínculo de emprego exposto no art. 7, inciso I, da CF. A ausência de continuidade na relação empregatícia produz efeitos deletérios a este trabalhador terceirizado. Contratos sucessivamente extintos antes de completar um ano de trabalho, não chegam a adquirir o direito às férias anuais remuneradas. Assim, apesar do direito ao recebimento de férias proporcionais, o período de descanso não é efetivamente usufruído. Também há prejuízo a contínua captação de depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, reduzindo a capacidade de poupança do trabalhador terceirizado, além de diminuir drasticamente a possibilidade de gozo de aviso-prévio, elastecido em até três dias por ano, proporcional ao tempo de serviço, nos termos do art. 7º, XXI, da CF regulamentado pela Lei nº 12.056/2011.¹⁵⁹

¹⁵⁷ SILVA, Vânia Mendes Ramos; RIBEIRO, Weslley Carlos. Terceirização no setor público: um exemplo de direito sub-julgado à gestão. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol.4, n.1, 2017. p. 155

¹⁵⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, **NOTA TÉCNICA n. 01**, de 06/02/2019 – CONAP/MPT, p.12. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/02/PORTAS-ABERTAS-PARA-A-CORRUP%C3%87%C3%83O.pdf> > Acesso em 23/06/2019

¹⁵⁹ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 106-107

Sobre a alta rotatividade Luciano Martinez¹⁶⁰ analisa aspecto pertinente quanto ao sentimento de não pertencimento à categoria profissional:

“A terceirização desconecta o empregado da empresa que toma os seus serviços e os afasta de quem desenvolve a mesma profissão. Diante de tantas experiências ocupacionais diferentes, escapará ao empregado terceirizado o sentimento de pertinência em relação a uma determinada profissão. Um terceirizado pode, assim, diante das flutuantes necessidades do mercado, exercer num curto espaço de tempo tarefas que não têm a menor identidade uma com a outra. As Carteiras de Trabalho dos terceirizados são a melhor prova de que eles, sem pouso, saltitam entre construtoras, restaurantes, bancos, condomínios, magazines, supermercados e outros tantos estabelecimentos, como se estivesse a demonstrar, até não mais poder, que a sua instabilidade produz insolidarismo e enfraquecimento sindical com evidente violação da progressividade social”.

Ainda sobre a falta de vínculo profissional Vânia Silva e Weslley Ribeiro¹⁶¹ comentam:

“O trabalhador terceirizado deixa de pertencer a um quadro funcional próprio da empresa ou do órgão em que presta seus serviços, a grande maioria com plano de carreira estruturado, perdendo possibilidades de ascensão e de melhorias salariais, para tornar-se um trabalhador sem mais perspectivas dentro do local em que trabalha, que não ostenta o emblema da empresa onde trabalha, como se fosse um remédio genérico, sem marca, que não “veste a camisa do time” e que nada representa para a empresa ou órgão que efetivamente o contrata.”

Como visto, a alta rotatividade e a intermitência dos empregos terceirizados é extremamente prejudicial ao trabalhador. Além disso, também produz malefícios ao desenvolvimento dos serviços no setor público, inda mais considerando o alargamento das possibilidades de terceirização. As seguidas mudanças de trabalhadores nos postos de trabalho geram a necessidade de constante treinamento das tarefas, bem como não propiciam o aprofundamento de conhecimentos específicos próprios à função. A de se considerar, que a terceirização no novo molde justaposto, não se restringe apenas as atividades acessórias, prejudicando assim a continuidade e perenidade da prestação de serviços à sociedade pela Administração Pública. O MPT¹⁶² também aponta o risco de vazamento de informações sigilosas em decorrência da alta rotatividade:

¹⁶⁰ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 320-321

¹⁶¹ SILVA, Vânia Mendes Ramos; RIBEIRO, Weslley Carlos. Terceirização no setor público: um exemplo de direito sub-julgado à gestão. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol.4, n.1, 2017. p. 160

¹⁶² MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, **NOTA TÉCNICA n. 01**, de 06/02/2019 – CONAP/MPT, p.2. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/02/PORTAS-ABERTAS-PARA-A-CORRUP%C3%87%C3%83O.pdf>. Acesso em 23 jun. 2019. p. 12

“É notória a alta rotatividade das relações de trabalho decorrente da terceirização, bem como o fato de que, ao contrário dos servidores e empregados públicos, trabalhadores terceirizados não possuem fé pública. Portanto, se mantida a terceirização permitida pelo Decreto n. 9.507/2018, os riscos de vazamento de informações sigilosas e de ingerência de interesses privados na administração pública aumentarão exponencialmente.”

A terceirização impõe também prejuízos no âmbito da saúde dos empregados intermediados, com efeitos que tocam especialmente a segurança das operações em que estão envolvidos. Ao contrário do que equivocadamente se alega trabalhadores terceirizados não possuem maior especialização profissional nos serviços que executam em comparação aos empregados diretamente contratados pela empresa que se concentra em determinada atividade-fim.¹⁶³

O elevado número de trabalhadores terceirizados tem sido um fator que contribui para o aumento dos acidentes de trabalho. O pouco treinamento dados a esses trabalhadores e a ausência de fiscalização por parte do prestador do serviço são elementos que fazem com que a terceirização seja uma causa que influencia significativamente no aumento das taxas de mortalidade por acidentes de trabalho gerando um visível problema social e de saúde pública.¹⁶⁴

Dados disponibilizados em estudo realizado pela CUT informam que no setor petrolífero, desde 1995 até 2013, 310 pessoas faleceram em decorrência de acidentes de trabalho na Petrobras. Mais de 80% das vítimas, 249 pessoas, eram trabalhadores terceirizados, 61 empregados diretos da companhia.¹⁶⁵ Já no setor elétrico trabalhadores terceirizados morrem 3,4 vezes mais que os efetivos nas distribuidoras, geradoras e transmissoras de energia elétrica.¹⁶⁶

As empresas tomadoras transferem para empresas menores, prestadoras do serviço, a responsabilidade pelos riscos de seu processo de trabalho, em outras palavras, terceiriza-se ou até mesmo quarteriza-se os riscos impostos por sua atividade de trabalho para empresas que muitas vezes não têm condições tecnológicas e econômicas para gerenciá-los.¹⁶⁷

¹⁶³ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 321

¹⁶⁴ SILVA, Vânia Mendes Ramos; RIBEIRO, Weslly Carlos. Terceirização no setor público: um exemplo de direito sub-julgado à gestão. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol.4, n.1, 2017. p. 131

¹⁶⁵ Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014. p. 44

¹⁶⁶ Ibid., p. 24

¹⁶⁷ Ibid., p. 26

Diante do exposto, ainda se soma o fato da terceirização no âmbito das entidades privadas se assentar na livre iniciativa e na autonomia da vontade do empresário que opta por compartimentar as operações do seu estabelecimento, optando por desenvolver determinadas atividades através do repasse a terceiros. Assim, quando opta por esse modelo triangularizado, o faz considerando benefícios e danos advindos dessa escolha. Já a Administração Pública, tem como objetivo o cumprimento de finalidades estatais de interesse público, e diferentemente daqueles, é de acordo com o cumprimento deste objetivo que deve ser feita a opção por terceirizar. Desta forma, o gestor público não pode gerir o órgão público como empresa, posto que a Administração Pública não age dentro de uma visão de mercado nem objetiva o lucro. Mesmo os gestores das empresas estatais, que estão regidas por princípios da Administração Pública, devem comportar-se como agentes públicos.¹⁶⁸

Os prejuízos decorrentes da precarização do trabalho através da terceirização, com constante violação de direitos, discriminação, redução salarial, aumento da jornada de trabalho, danos a segurança efetiva do trabalhador e alta rotatividade no emprego, são aspectos pertinentes que devem ser ponderados pela Administração Pública.

A inserção da lógica privada na máquina administrativa turva a visão das instituições e da própria sociedade acerca do verdadeiro interesse público. O Estado antagoniza seus próprios trabalhadores junto ao Poder Judiciário numa tentativa de esquivar-se a responsabilidade subsidiária por obrigações trabalhistas que ele próprio deveria estar garantindo que fossem cumpridas.¹⁶⁹ Há uma violação dos direitos dos trabalhadores com o aval da Administração Estatal, quadro esse que se agrava com a ampliação da terceirização.

Em face do exposto, depreende-se que o esgarçamento da terceirização no âmbito da Administração Pública coloca o Estado no caminho da exploração desmedida da mão de obra privada numa via que impinge precarização das condições de trabalho e enseja discriminação entre servidores públicos e trabalhadores terceirizados. Além do que, abre espaço para a violação de princípios tão caros ao interesse público como à impessoalidade e a moralidade administrativa.

¹⁶⁸ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pérciles Rodrigues Marques de. **Terceirização total: entenda ponto a ponto**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2019., p. 53

¹⁶⁹ SILVA, Vânia Mendes Ramos; RIBEIRO, Wesley Carlos. Terceirização no setor público: um exemplo de direito sub-julgado à gestão. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol.4, n.1, 2017. p. 163

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho analisou-se o tema da terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública, apresentando-se o fenômeno da terceirização, as modificações provocadas pela Reforma Trabalhista, às especificidades limitantes inerentes ao setor público, culminando na análise do alcance e implicações aos entes públicos e trabalhadores terceirizados prestadores de serviço do Estado, desse novo panorama legal que possibilita a terceirização na atividade finalística, chegando-se a algumas considerações finais apresentadas a seguir.

Pode-se compreender que a terceirização afeta no âmago as relações laborais típicas estabelecidas, provocando uma relação trilateral em face da contratação da força de trabalho. O fenômeno desenvolveu-se no país de forma lenta e gradual, sem o devido respaldo jurídico, tendo evoluído, em boa medida, à margem da normatividade estatal. Os primeiros diplomas normativos a tratarem da questão estavam no âmbito da Administração Pública, Decreto Lei nº 200/1967 e a Lei nº 5.645/70. Após houve a publicação da Lei nº 6.019/1974 e da Lei nº 7.02/83, que regulamentavam de forma limitada e escassa o tema. Apesar do pequeno grupo de normas autorizativas da terceirização, o fenômeno se alastrou e se generalizou no segmento privado da economia nas décadas seguintes. Com isso, o Poder Judiciário como forma de suprimir a necessidade real de regulamentação acerca do fenômeno edita a Súmula 256 do TST, posteriormente revogada pela Súmula 331 do TST, que foi o principal mecanismo jurídico de regulamentação da terceirização até o advento da Lei nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017, resultante da reforma trabalhista, que modificou no cerne a sistemática terceirizante.

A Reforma Trabalhista, aprovada através da Lei nº 13.467/2017, gerou profundos impactos ao modelo de trabalho terceirizado, alterando profundamente o instituto, conferindo-lhe um conceito muito mais abrangente, de forma que a distinção entre atividade-meio e atividade-fim anteriormente adotada pela jurisprudência, restou superada para fins de terceirização. A modificação legal provocada permitiu expressamente à empresa tomadora dos serviços a transferência de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços. No que se refere à responsabilidade pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, as alterações da Lei nº 13.429/2017 mantiveram o entendimento consubstanciado na Súmula 331 do

TST, ficando expressa no texto legal a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas decorrentes da prestação de serviço terceiro.

Há especificidades e aspectos restritivos à terceirização no setor público, pois existem barreiras constitucionais limitadoras como o requisito insuperável da aprovação prévia em concurso público para investidura em cargo ou emprego público, sendo este um expresse obstáculo a formação de vínculo empregatício com os entes da Administração Pública, ainda que configurada a ilicitude da terceirização, demonstrando que há princípios que a Administração está integralmente obrigada, sobrepujando preceitos trabalhistas como o princípio da primazia da realidade.

Ainda, dentro das especificidades atinentes a terceirização no ambiente estatal, foi aludida à responsabilização subsidiária pelo adimplemento dos encargos trabalhistas, conquanto demonstrado que não houve a devida fiscalização por parte do ente público no contrato com a empresa prestadora de serviços. Através do julgamento do ADC 16 – DF foi declarado constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/1993, gerando modificações na Súmula 331 do TST. Posteriormente a decisão do RE 760.931 corroborou o entendimento da necessária culpa *in vigilando* da entidade estatal, somente sendo responsabilizada quando houver fundada demonstração de que incorreu em dolo ou culpa na fiscalização contratual.

Procedeu-se também uma análise pormenorizada dos dispositivos do Decreto 9.507/2018, tendo em vista sua pertinência em especificar quais serviços no âmbito da Administração Pública são passíveis de execução indireta, delimitando quais atividades são passíveis de terceirização. Constatou-se que no decreto os limites da terceirização na administração direta, autárquica e fundacional exibem contornos mais restritos do que os dispensados às empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo possível aos primeiros apenas terceirizar atividades que não sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade. Contudo, conforme apresentado há exceções. Mesmo nessa categoria, a única vedação absoluta imposta concerne às atribuições ligadas ao exercício do poder de polícia. No tocante às empresas públicas e sociedade de economia mista foi reconhecido amplo espectro de atividades passíveis de terceirização. Apesar da determinação de não correspondência com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de Planos de Cargos e Salários, há diversas hipóteses que excetua essa regra, somando-se que caberá ao Conselho de

Administração ou órgão equivalente estabelecer quais atividades serão passíveis de execução indireta. Advertindo-se que na prática, franqueia-se a terceirização de atividades de qualquer natureza, seja acessória ou principal.

Por fim no último tópico do capítulo, discutiram-se os efeitos da ampliação da terceirização no âmbito da Administração Pública balizado pelo alcance das determinações dispostas no Decreto nº 9.507/2018. Apresentou-se que o efeito mais evidente é o desrespeito a exigência constitucional do concurso público, abrindo espaço a ocorrência de práticas patrimonialistas de apadrinhamento e nepotismo, comprometendo a impessoalidade administrativa que deve reger a gestão pública. Não obstante, a violação constitucional da terceirização da atividade-fim não foi referida apenas com base na inobservância à regra do concurso, dando-se o devido alerta à violação do regime de emprego constitucionalmente protegido.

Outro efeito discutido foi às diferenças na percepção salarial. Com o alargamento das hipóteses de terceirizações no setor público, se perpetua e ainda se ratifica dentro do próprio âmbito do Estado a precarização das relações laborais propiciadas pela sistemática terceirizante com o crítico gravame da possibilidade de trabalhadores que executam serviços idênticos, receberem verbas retributivas, por sua prestação laboral, tão distintas.

A responsabilidade subsidiária dos entes públicos dentro deste novo panorama legal também foi analisada. Não obstante o esforço do governo federal através do Decreto nº 9.507/2018 de resguardar ao trabalhador o pagamento de seus créditos trabalhistas e especialmente resguardar o Estado dos custos arcados pelo não cumprimento dessas obrigações, esbarra na eficiência da fiscalização e compromete a efetividade das medidas.

A alta rotatividade inerente à sistemática terceirizante também foi um aspecto apreciado, com efeitos extremamente prejudiciais a direitos do trabalhador devido à ausência na continuidade da relação empregatícia, ocasionando a falta de vínculo. Além de se considerar ainda as possíveis implicações para à Administração Pública, como a falta de aprofundamento de conhecimentos específicos próprios à função gerando custos constantes com treinamento e prejudicando a perenidade da prestação de serviços a sociedade.

Considerando o exposto e em resposta ao problema de pesquisa proposto neste trabalho, conclui-se que o governo federal, através das balizas indicadas no Decreto n °9.507/2018 optou por estender parcialmente a possibilidade de

terceirização na atividade-fim à Administração, a despeito das críticas feitas pela doutrina, Ministério Público e Magistratura invocando a inconstitucionalidade da medida. Os efeitos decorrentes dessa modificação repercutem no desrespeito a exigência de concurso público, abrindo-se espaço para uma sequência de prejuízos aos trabalhadores e ao Estado: discriminação salarial entre terceirizados e servidores, dificuldade de fiscalização dos entes públicos no cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das prestadoras de serviço; alta rotatividade de trabalhadores, o que prejudica a continuidade da prestação dos serviços públicos e - sobretudo - no aval do próprio Estado que assente com a precarização dos direitos dos trabalhadores, agravado com a ampliação da terceirização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública. Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos Enap**, Fundação Nacional de Administração Pública, Brasília, v. 10, 1997.

AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS. Decreto nº 9.507/2018 ameaça profissionalização do serviço público, alerta Anamatra. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/27010-decreto-n-9-507-2018-ameaca-profissionalizacao-do-servico-publico-alerta-anamatra>. Acesso em 20 jun. 2019

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. **A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização**. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-historia-da-sumula-331/a-historia-da-sumula-331.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL, **Decreto n.º 2.271/1997**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm. Acesso em: 10 jun. 2019

BRASIL, **Decreto-Lei nº 200/67**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em 08 jun. 2019

BRASIL, **Decreto-Lei nº. 5.452**, de 1º de Maio de 1943: CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL, **Lei nº. 12.690**, de 19 de Julho de 2012: CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12690.htm. Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.507/2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 16 jun. 2019

BRASIL. **Lei nº 5.645/70**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm. Acesso em: 08 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.019/74**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 14 jun. 2019

BRASIL. **Lei nº 8.036/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em: 10 jun. 2019

BRASIL. **Lei nº 8.666/1993** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 08 jun. 2019

BRASIL. **Lei nº 8.987/1995** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 jun. 2019

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

COELHO, Humberto Alves; NEVES, Marcelo José das . A responsabilidade subsidiária da administração pública na terceirização, segundo a jurisdição constitucional: obrigações, encargo probatório e limites interpretativos : um contributo prático aos potenciais sujeitos do processo : trabalhador, empresa terceirizada, administração pública e órgão jurisdicional. **REVISTA LTR: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 81, n. 05.

COSTA, Andrea Dourado; GOMES, Ana Virgínia Moreira. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 04.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. **REVISTA LTR: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 82, n. 11, nov. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018.

FERRAZ, Luciano. A terceirização na administração pública depois das decisões do STF. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/interesse-publico-terceirizacao-administracao-publica-depois-decisoes-stf>. Acesso em: 17 jun. 2019

FORTINI, Cristiana. O Decreto Federal 9.507/18 e a terceirização na administração: primeiras impressões. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-27/interesse-publico-decreto-federal-950718-terceirizacao-administracao-publica>. Acesso em 23 jun. 2019

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, ano XV, n. 88, jan-fev 2019.

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

GUEDES diz que suspenderá concursos públicos porque há servidores demais.

UOL Notícias. Disponível em:

<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/06/04/concursos-publicos-paulo-guedes.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019

LEITE, Carlos Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Terceirização total: entenda ponto a ponto**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo : Malheiros, 2016.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, **Instrução Normativa Nº 5**, DE 26 DE MAIO DE 2017, Disponível em:

<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em 16 jun. 2019

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, **NOTA TÉCNICA n. 01**, de 06/02/2019 – CONAP/MPT, p.2. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/02/PORTAS-ABERTAS-PARA-A-CORRUP%C3%87%C3%83O.pdf>. Acesso em 23 jun. 2019

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 17. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, n. 1, 5-42, jan.-mar, 1998.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**.31.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

POCHMANN, Márcio. **Sindeepress, trajetória da terceirização**. Disponível em: <http://www.sindeepres.org.br/~sindeepres/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf> f> Acesso em 18 jun. 2019.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Manifestação da, No 201.187/2017-AsJConst/SAJ/PG, **ADPF 324**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312481778&ext=.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019.

RÊGO, Evelylyn Barbosa. A terceirização e a reforma trabalhista no Brasil . Uma análise crítica da possibilidade de terceirização das atividades-fim. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5521, 13 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66910>. Acesso em: 13 jun. 2019.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Vânia Mendes Ramos; RIBEIRO, Weslley Carlos. Terceirização no setor público: um exemplo de direito sub-julgado à gestão. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol.4, n.1, 2017.

STF, Notícias STF, STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>. Acesso em 16 jun. 2019

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – **RE 760.931**.02/05/2017. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Acesso em: 20 jun. 2019

SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002.

Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: / dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos / Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

TST – AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE – **ADC 16**. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>. Acesso em 20 jun. 2019

TST, SBDI-I. **OJ nº 191**. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm. Acesso em: 10 jun. 2019

TST, SBDI-I. **OJ nº 383**. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html. Acesso em: 20 jun. 2019

TST. **Súmula 256**. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256 Acesso em: 01 jun. 2019

TST. **Súmula 331**. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 10 jun. 2019

VITALINO, Fábio Cavalcanti. Principais problemas do Decreto 9507/18 | Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. **Jus Brasil**. Disponível em:

<https://adjudicia.jusbrasil.com.br/artigos/629322372/principais-problemas-do-decreto-9507-18-decreto-n-9507-de-21-de-setembro-de-2018#comments>. Acesso em: 16 jun. 2019

WEITZEL, Gisele de Almeida. Terceirização X Pejotização. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI289995,91041-Terceirizacao+x+pejotizacao>. Acesso em: 14 jun. 2019.