

DA TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO: IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ESTADO DIANTE DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS^{1*}

*Marcos Adriano Pires de Novaes^{2**}*

Resumo: A terceirização, fruto das transformações sociais do século XX, surgiu com o escopo de aumentar a competitividade das empresas com a consequente redução de custos, tendo em vista a execução indireta dos serviços contratados, produzindo um desdobramento da subordinação jurídica em direta e indireta. Trata-se, portanto, de uma nova espécie de relação de trabalho, distinta da relação de emprego clássica regida pelas normas celetistas, com características e efeitos próprios. Diante da ausência de legislação específica aplicável ao fenômeno da terceirização, coube a jurisprudência trabalhista, após gradativa e exaustiva hermenêutica sobre o tema, traçar os limites e alcances dos efeitos de sua utilização. Isto porque, a terceirização não pode ser utilizada como mera intermediação de mão de obra, como um meio de flexibilização das normas trabalhistas, em ofensa aos direitos constitucionais do obreiro. Desta forma, quando ocorrer o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora dos serviços, acarretará a imputação da responsabilidade pelo seu pagamento à empresa tomadora dos serviços, beneficiária do trabalho prestado. Entretanto, a Administração Pública, quando tomadora dos serviços terceirizados, submete-se a regras específicas, entre elas a obediência ao Princípio da Legalidade bem como a exigência de concurso público para a prestação de serviços ao Estado. Por fim, diante da existência dessas especificidades aplicadas aos entes públicos, com o objetivo de afastar entendimentos divergentes sobre a extensão de sua responsabilidade, o STF ao julgar

1 *Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, apresentado no primeiro semestre de 2012, como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Centro Universitário Jorge Amado.

2 ** Aluno do Curso de Direito do Centro Universitário Jorge Amado.

procedente a ADC nº 16, alterando o entendimento do TST, afastou a imputação de responsabilidade subsidiária objetiva da Administração Pública tomadora dos serviços terceirizados, estabelecendo que trata-se de uma responsabilidade subsidiária de forma subjetiva, dependendo da análise dos fatos e provas juntados aos autos.

Palavras-Chave: Relação de emprego. Terceirização. Súmula 331. ADF n. 16. Art. 71, § 1º Lei 8.666/93. Constitucional. Responsabilidade da Administração Pública.

Abstract: Outsourcing, as a result of social transformations of the twentieth century, came up with the scope to increase the competitiveness of enterprises with cost reduction, with a view to indirect execution of contracted services, producing a split of legal subordination in direct and indirect. It is therefore a new kind of working relationship, distinct from the classical employment relationship governed by the rules CLT, with its own characteristics and effects. Given the absence of specific legislation applicable to the phenomenon of outsourcing, it fell to labor law, after gradual and comprehensive hermeneutics on the subject, set limits and ranges of the effects of their use. This is because outsourcing can not be used as mere intermediation of labor as a means of relaxation of labor standards, in violation of the constitutional rights of the worker. Thus, when presented with the default of the labor obligations by the company providing the services, will result in the allocation of responsibility for payment of services to the borrowing firm, benefiting from the work performed. However, Public Administration, when the borrower of outsourced services, subjected to specific rules, including obedience to the Principle of Legality and the requirement to tender for the provision of services to the State. Finally, given the existence of these characteristics apply to public entities, with the objective of removing understandings differ on the extent of their liability, the Supreme Court to uphold the ADC No. 16, changing the understanding of TST, rejected the imputation of liability subsidiary aims Public Administration taker of outsourced services, stating that it is a subjective form of subsidiary liability, depending on the analysis of facts and evidence gathered in the file.

Keywords: Employment relationship. Outsourcing. Summula 331. ADF nº 16. Art. 71, § 1º, Law 8.666 /93. Constitutional. Responsibility of Public Administration.

INTRODUÇÃO

As relações de trabalho vêm passando por modificações com o decorrer dos anos, em virtude da dinâmica do mercado de trabalho, impulsionado pela globalização da economia, pelo avanço da tecnologia. A introdução dessas modificações faz com que as empresas busquem mecanismos para dar maior efetividade na execução de sua atividade fim, e consequentemente fazendo surgir novas relações de trabalho, distintas da forma clássica prevista pelo ordenamento justralhista vigente.

Assim, uma das novas formas de prestação de serviços, que se disseminou nas empresas privadas e até no âmbito público, foi o fenômeno da Terceirização, criada com o objetivo de diminuir custos e melhorar a qualidade do serviço prestado.

Em razão dessa técnica de prestação de serviços, o trabalhador é inserido no âmbito da empresa tomadora mantendo os vínculos empregatícios com a empresa prestadora. Essa nova relação triangular fez com que a jurisprudência trabalhista se debruçasse sobre o tema a fim de traçar seus limites e efeitos.

Ocorre que a terceirização efetuada por entes da administração pública produz efeitos jurídicos diferentes daquelas realizadas por empresas particulares.

Além do mais o sistema jurídico, em específico o Direito do Trabalho, confere um tratamento diferenciado ao obreiro, que é parte hipossuficiente na relação de trabalho. Desta forma, pretende-se examinar a imputação da responsabilidade patrimonial à Administração pública quando a empresa prestadora dos serviços se torna inadimplente quanto ao pagamento das obrigações trabalhistas.

A utilização da terceirização, como se verá adiante, ainda sofre forte crítica da doutrina e da jurisprudência, pois, via de regra, reflete em uma flexibilização dos direitos trabalhistas duramente conquistados pela classe trabalhadora ao longo de anos de lutas e reivindicações.

Desta forma com o objetivo de analisar os múltiplos enfoques que a terceirização causa na realidade empresarial e principalmente na Administração Pública (quando é a tomadora dos serviços), bem como na vida do trabalhador terceirizado é que serão desenvolvidos os diversos

capítulos deste trabalho, sem, contudo, exaurir o estudo do tema, perquirindo pela evolução no entendimento jurisprudencial sobre o assunto e as consequências da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

Assim, com essa dinâmica das relações de trabalho faz necessário um estudo sobre a Terceirização e seus efeitos quando a tomadora dos serviços é a Administração Pública, tendo em vista que a mesma está adstrita a princípios específicos.

Inicialmente, será realizada uma análise da estrutura clássica (bilateral), da relação empregatícia, distinguindo-a das demais relações de trabalho, por ser a base sobre a qual se criou um conjunto de normas e princípios jurídicos denominado Direito do Trabalho. Verificando-se, após, a adequação das normas legais e constitucionais quando a prestação de serviço se der por meio da terceirização.

Por conseguinte, outro ponto de suma importância que será estudado é o de conferir ao trabalhador terceirizado, um tratamento protetivo específico a fim de salvaguardar seus direitos básicos, tendo em vista que o trabalho além de ser um direito fundamental (art. 7º da CF) é meio para que sejam alcançados os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e o do valor social do trabalho, insculpidos no art. 1º, III e IV da Constituição Federal.

RELAÇÃO DE EMPREGO

As relações jurídicas são o alicerce de cada sistema jurídico especializado, eis que em função das mesmas é que se organizam as normas e princípios criados e aplicados pelo ordenamento jurídico. Configura-se a relação jurídica pela existência de dois ou mais sujeitos, de um objeto e do negócio que vinculam as partes. Assim, a partir de cada relação jurídica específica o Direito constrói um arcabouço de princípios, institutos e regras que são compatíveis ao respectivo sistema jurídico especializado a que se vinculam (DELGADO, 2010, p. 265).

Impende observar que Barros (2009, p. 220-221) descreve a relação jurídica como “situação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a

correspondente imposição à outra de um dever ou de uma sujeição”. Desta forma, a relação de trabalho *lato sensu* e a relação trabalho *strito sensu* (ou relação de emprego) são modalidades de relação jurídica, tendo em vista serem derivadas de um contrato de trabalho.

Entretanto, não é qualquer relação de trabalho que será objeto da aplicação das normas celetistas, onde o cerne de proteção do Direito do Trabalho será tão somente a relação de emprego.

DISTINÇÃO ENTRE RELAÇÃO DE EMPREGO E RELAÇÃO DE TRABALHO

Necessário frisar que, mesmo utilizados precariamente como sinônimos, os termos relação de trabalho e relação de emprego não se confundem, pois estão subordinadas a características e regras próprias.

A relação de trabalho é termo mais amplo, referindo-se a “todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano” (DELGADO, 2010, p. 265). Assim, relação de trabalho (gênero) é qualquer forma de prestação de trabalho humano, englobando como espécies a relação de emprego, o trabalho autônomo, o trabalho eventual, o trabalho avulso, o estágio³, entre outros admissíveis pelo ordenamento jurídico atual.

Em virtude dessas considerações, a relação de trabalho pode ser definida como: “a relação jurídica em que o prestador dos serviços é uma pessoa natural, tendo por objeto a atividade pessoal, subordinada ou não, eventual ou não, e que é remunerada (ou não) por uma outra pessoa natural ou pessoa física” (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2010, p. 463).

Já a relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho, sendo, por muitas vezes, vista como se fosse o próprio gênero. Adquiriu, com o desenvolvimento da sociedade industrial, grande relevância socioeconômica bem como sociojurídica, conforme se extrai do magistério de Delgado:

pode-se afirmar que a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, quer sob a ótica econômico-social,

3 Segundo Luciano Martínez (2012, p. 101) a atividade pode ser de duas espécies: o trabalho, que tem por objetivo o sustento próprio e/ou familiar; ou pode ser atividade em sentido estrito que possui objetivos diferentes do primeiro, ou seja, ora se relaciona com intenção de aperfeiçoamento ou com ações solidárias. Assim para o referido autor, o “estagiário não é um trabalhador no sentido jurídico da palavra”, ou seja, trata-se de atividade em sentido estrito.

que sob a ótica jurídica. No primeiro plano, por generalizar-se ao conjunto do mercado de trabalho, demarcando uma tendência expansionista voltada a submeter às suas regras a vasta maioria de fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea. No segundo plano, por ter dado origem a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípios e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência de expansionismo – o Direito do Trabalho (DELGADO, 2010, p. 266).

Desta forma, essa relevância sociojurídica acarretou que se construísse em torno do contrato de emprego todo um sistema próprio de princípios, regras, e institutos, ou seja, uma relação jurídica específica tutelada pelo Direito do Trabalho.

REQUISITOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Como visto em linhas anteriores, a prestação de labor por uma pessoa física pode ocorrer de várias maneiras diferentes, por exemplo: pode ser prestado de forma pessoal, mas sem subordinação, caracterizando o trabalho autônomo; ou realizado com pessoalidade e subordinação, mas de forma ocasional, qualificado como trabalho eventual. Impende destacar que estas hipóteses não são, em regra, tutelados pelas normas trabalhistas. Portanto para que uma relação de trabalho esteja agasalhada pelas regras justralhistas, é imprescindível que fique configurado uma relação empregatícia.

Nos termos do art. 2º, *caput*, combinado com o art. 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que “o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático-jurídicos) sem os quais não se configura a mencionada relação” (DELGADO, 2010 p. 269), ou seja, são indispensáveis à caracterização do vínculo empregatício, de forma cumulativa, a prestação do trabalho por pessoa física, com pessoalidade de forma não eventual com onerosidade e subordinação.

Desta forma o artigo 3º, *caput*, da CLT define como empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não-eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”. Nessa esteira, a relação de emprego pode ser conceituada como:

acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não-eventual, mediante salário e subordinação jurídica (BARROS, 2009, p. 236/237).

O primeiro pressuposto⁴ fático-jurídico caracterizador do vínculo empregatício é a personalidade, ou seja, a prestação de serviços deve ser prestada (sempre por pessoa física) com personalidade, tratando-se, portanto, de uma relação jurídica *intuitu personae*, em que existe a obrigação de que os serviços sejam sempre prestados pessoalmente pelo empregado. Enfim, Barros afirma que “o caráter personalíssimo da relação de emprego deriva, segundo alguns autores, do fato de o empregado colocar à disposição do empregador sua energia psicofísica e não da infungibilidade da prestação de serviços” (BARROS, 2009, p. 239).

Impende observar que o empregado não pode se fazer substituir por outra pessoa na prestação dos serviços, salvo as exceções legais. Portanto, o ordenamento jurídico prevê hipóteses em que o ocorrerá a substituição do obreiro, de forma temporária, sem que isso descaracterize a relação empregatícia, como por exemplo no caso de férias, licenças ou afastamentos. Nesses casos, o contrato laboral restará suspenso ou interrompido conforme estabelecer os artigos 471 e seguintes da CLT.

Cabe destacar que essa infungibilidade aplica-se somente ao empregado. No que tange ao empregador, aplica-se regra oposta, já que vigora no Direito do Trabalho a “despersonalização da figura do empregador” (DELGADO, 2010, p. 272), ou seja, a alteração subjetiva do contrato de emprego, relativa ao empregador, não modifica as relações ajustadas anteriormente com o empregador substituído, regra essa, expressa nos artigos 10 e 448 da CLT, que tratam da sucessão trabalhista.

Convém notar, outrossim, as considerações levantadas por Barros a respeito do tema, onde:

a doutrina admite, excepcionalmente, o caráter *intuitu personae* em relação ao empregador e cita como exemplo a situação de um jornalista

4 DELGADO (2010, p. 270) expõe que se trata de conceituação construída pelo professor Paulo Emílio Ribeiro da Vilhena.

cuja empresa em que trabalhava sofreu mudança radical na orientação. Nesse caso, segundo alguns doutrinadores, pode o empregado não aceitar a mudança de titularidade da empresa, rompendo o contrato com direito às reparações (BARROS, 2009, p. 240).

O segundo elemento fático-jurídico necessário à caracterização do vínculo empregatício é a não eventualidade, ou seja, a prestação de serviços deve ser de forma contínua, reiterada, que não se esgota com a própria execução, não se qualificando como um ajuste esporádico. Na relação de emprego, existe “um trato sucessivo na relação entre as partes, que perdura no tempo” (MARTINS, 2011a, p. 101), tendo em vista que a sua execução se dá em atos reiterados.

Portanto, prevalece no Direito do Trabalho a regra de que as relações empregatícias devem ser ajustadas por tempo indeterminado, reforçado pelo princípio da continuidade da relação de emprego, sendo, portanto, exceções às hipóteses de contratação por tempo determinado.

Desta maneira, para que seja aplicada a legislação trabalhista a uma relação jurídica de trabalho é imprescindível que o serviço seja prestado com habitualidade, não incidindo, via de consequência, no trabalho prestado de maneira eventual.

Entretanto o conceito de não eventualidade, segundo Delgado (2010, p. 273), é “um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho”, onde, essa divergência se apresenta na doutrina, jurisprudência e até mesmo na legislação. Afirma ainda que a doutrina debruçando-se sobre esse impasse criou diversas teorias a fim de conceituar o requisito da não eventualidade. Entretanto, o referido autor ressalva que essas teorias não devem ser analisadas separadamente, pois, isso pode levar a conclusões equivocadas ao analisar-se o caso concreto.

Nessa esteira, o autor (DELGADO, 2010, p. 273) em referência elenca as principais teorias conceituais da ideia de eventualidade (e via de consequência, a noção de não eventualidade): teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica.

A primeira delas, teoria da descontinuidade (incompatível com a CLT, mas compatível com a lei do Trabalho Doméstico) estabelece que eventual é o trabalho descontínuo e ininterrupto com relação ao tomador, ou seja

um trabalho prestado de forma fracionada no tempo. Já a teoria do evento informa que se considera eventual o trabalhador admitido na empresa em razão de um determinado fato ou evento, que venha a gerar certo serviço (sendo esporádico). Estabelece a teoria dos fins do estabelecimento que será eventual o trabalhador que for contratado para realizar um serviço não inserido nos fins normais da empresa (tarefas transitórias). E por último, a teoria da fixação jurídica informa que será eventual o trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho, possuindo diversos empregadores (DELGADO, 2010, p. 273/275).

Por fim, ao analisar as teorias em conjunto, combinando os elementos nelas constantes, o autor em referência (2010, p. 276) apresenta as características do trabalho eventual:

- a) descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo; b) não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços; c) curta duração do trabalho prestado; d) natureza do trabalho tende a ser concernente a evento certo, determinado e episódico no tocante à regular dinâmica do empreendimento tomador dos serviços; e) em consequência, a natureza do trabalho prestado tenderá a não corresponder, também ao padrão dos fins normais do empreendimento.

O terceiro elemento fático-jurídico necessário à caracterização do vínculo empregatício é o da onerosidade, que significa a retribuição pecuniária pelo serviço prestado pelo empregado. Nessa esteira, Martins (2011a, p. 101) informa que “o empregado tem o dever de prestar serviços e o empregador, em contrapartida, deve pagar salários pelos serviços prestados”, sendo, assim, um contrato bilateral e sinalagmático, onde existe contraprestação recíproca entre as partes.

Impende observar que a onerosidade deve ser analisada apenas sob a ótica do prestador de serviços. Convém ainda destacar que em uma relação empregatícia, a onerosidade deve ser analisada sob duas dimensões diferenciadas e combinadas: um plano objetivo, que se manifesta pelo conjunto de parcelas de natureza salarial que o empregador paga com o fim de remunerar o trabalho prestado, podendo ser em dinheiro ou em utilidade

(art. 458 da CLT); e sob o plano subjetivo (utilizada de forma excepcional), que se manifesta pela intenção das partes no momento de contratar, ou seja, tenha sido ajustada, pelo obreiro, com o intuito contraprestativo trabalhista (DELGADO, 2010, p. 277/278).

Nesse sentido, a Lei 9.608/98, em seu artigo 1º, estabelece que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, uma vez que o serviço prestado trata-se de atividade não remunerada.

O quarto elemento fático-jurídico caracterizador do contrato de emprego é a subordinação, traço caracterizador da relação empregatícia, que consiste, basicamente, na sujeição do empregado ao poder de direção e comando exercido pelo empregador de determinar as condições de utilização da força de trabalho do empregado, ou seja, o empregado “coloca a sua força de trabalho à disposição do empregador, que o admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2010, p. 254).

No entendimento de Delgado (2010, p. 277/278), a subordinação é a “situação jurídica derivada do contrato do trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços”. Informa ainda o mesmo autor, que elemento da subordinação marca a diferença específica da relação de emprego perante as demais relações de trabalho, em especial, o trabalho autônomo.

Ainda referenciando o mesmo autor, a subordinação poder ser analisada sob um ângulo objetivo, ou seja, a maneira como é realizado o serviço (subordinação jurídica), ou sob o aspecto subjetivo, que atua sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certa condição de submissão (DELGADO, 2010, p. 282).

A respeito desse assunto, Martinez (2012, p. 129) afirma que “a subordinação, no plano jurídico, é uma situação que limita a ampla autonomia de vontade do prestador dos serviços. Essa situação se funda na intensidade de ordens, na obediência (e sujeição) ao comando do tomador dos serviços e na situação de respeito à hierarquia”. Entretanto, afirma ainda o mesmo autor, é sobretudo importante destacar que a subordinação não significa “sujeição ou submissão pessoal”, haja vista que o objeto da relação jurídica trabalhista é a atividade e não o trabalhador.

Em uma análise superficial do pressuposto da subordinação jurídica,

poderia levar a conclusão equivocada de que só existiria a subordinação se o labor fosse prestado nas dependências da empresa. Sobre esse tema Martins (2011a, p. 142) afirma que “a subordinação diz respeito ao modo de realização do serviço”, ou seja, “acaba criando a nova tecnologia uma nova forma de subordinação, pois o empregado pode até não ficar subordinado diretamente ao empregador, mas indiretamente”. É o que ele chama de telessubordinação ou parasubordinação, onde existe uma subordinação à distância, uma subordinação mais sutil do que a normal.

Impende observar que a Lei n. 12.551 de 15 de dezembro de 2011 alterou o *caput* do art. 6º da CLT acrescentando-lhe o parágrafo único passando a regular a matéria, estabelecendo que:

art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos méis pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Impende observar que nas hipóteses de terceirização de serviços, a empresa prestadora, ao colocar trabalhadores à disposição do tomador, transmite a este parcela de seu poder diretivo, ou seja:

Quando isso acontece, a empresa prestadora fraciona a subordinação jurídica que lhe é inerente e concede à tomadora o poder de dar ordens de comando e de exigir que a tarefa seja feita a contento (subordinação indireta), preservando consigo o intransferível poder de apenar o trabalhador diante do descumprimento das ordens de comando diretivo (subordinação direta) (MARTINEZ, 2012, p. 132).

Nesse sentido, o item III da Súmula 331 do TST, estabeleceu que o tomador dos serviços não pode exercer a subordinação direta com trabalhador terceirizado, sob pena de lhe ser imputado a qualidade de real empregador, haja vista a formação direta do vínculo de emprego entre as partes.

Por último, Martins (2011a, p. 101) aponta como elemento necessário à caracterização do vínculo empregatício, a alteridade, que significa que o trabalhador presta sua tarefa sem assunção de qualquer risco, ou seja, o empregado trabalha por conta alheia, por conta e risco do empregador. Menciona ainda o mesmo autor, que o empregador não poderá distribuir eventuais prejuízos aos empregados, mas poderá conceder a participação nos lucros. Já em sentido contrário, o trabalhador autônomo presta serviço por conta própria e assume os riscos de sua atividade.

Por conseguinte, para que uma relação jurídica seja considerada como relação de emprego é indispensável que estejam presentes todos os elementos (ou pressupostos) fático-jurídicos caracterizadores de tal relação, conforme anteriormente exposto, permanecendo devidamente protegido pelas normas celetistas.

OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO DE EMPREGO

O contrato de emprego, bilateral e sinalagmático, produz efeitos para as duas partes na relação: empregado e empregador, gerando direitos e obrigações que decorrem do ordenamento jurídico ou da avença concretizada entre as partes.

Convém observar que Delgado (2010, p. 575) classifica os efeitos decorrentes do contrato de trabalho podem ser de duas modalidades, a depender de sua conexão ao conteúdo trabalhista, podendo ser de “efeitos próprios ao contrato e efeitos conexos ao contrato”, onde se afirma que:

Próprios são os efeitos inerentes ao contrato empregatício, por decorrerem de sua natureza, de seu objeto do conjunto natural e recorrente das cláusulas trabalhistas. [...] As mais importantes são, respectivamente, a obrigação de o empregador pagar parcelas salariais e a obrigação de o empregado prestar serviços ou colocar-se profissionalmente à disposição do empregador.

Conexos são os efeitos resultantes do contrato empregatício que não decorrem de sua natureza, de seu objeto e do conjunto natural e recorrente das cláusulas contratuais trabalhistas, mas que, por razões de acessoriedade ou conexão, acoplam-se ao contrato de trabalho. Trata-se, pois, de efeitos que não têm natureza trabalhista [...]. São exemplos significativos desses efeitos conexos os direitos intelectuais devidos ao empregado que produza invenção ou outra obra intelectual [...], ou indenizações por dano moral e por dano material.

Os principais deveres do empregador decorrentes do contrato laboral, elencados por Jorge Neto e Cavalcanti (2010, p. 501) são: remunerar os serviços prestados pelo empregado, bem como os pagamentos acessórios (horas suplementares, adicionais, etc.); fornecer os elementos materiais necessários à prestação do serviço; cumprir as obrigações contratuais, vedadas as alterações unilaterais ou arbitrárias; propiciar condições de higiene, segurança e moralidade nas instalações e no ambiente de trabalho; respeito e consideração quanto a pessoa do empregado; exercer seu poder disciplinar de modo justo e moderador.

Já quanto à figura do empregado, os referidos autores apresentam como deveres a serem observados: prestar o serviço contratado, pessoalmente; manter diligência, perfeição técnica e zelo profissional no serviço realizado; assiduidade ao serviço; obediência ao empregador, cumprindo suas ordens e regulamentos; guarda de segredos da empresa; não estabelecer concorrência à atividade da empresa.

A respeito desse assunto, Barros (2009, p. 613) afirma que “do exercício do poder diretivo do empregador, portanto, surge para o empregado o dever de obediência a ordens ou recomendações lícitas”, ou seja, do ajuste pactuado entre as partes na relação de emprego, surge para o obreiro o dever de obediência às ordens lícitas do empregador, sendo a manifestação concreta do elemento fático-jurídico caracterizador do vínculo empregatício: a subordinação jurídica.

Esse direito do empregador de organizar a empresa decorre do seu poder empregatício⁵ (ou *jus variandi do empregador*, ou ainda poder diretivo), que pode se manifestar concretamente por meio do poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e pelo poder disciplinar. Em consonância com isso, Delgado (2010, p. 577) afirma que o poder empregatício “inscreve-se com um dos efeitos mais relevantes inerentes ao contrato de trabalho” onde “consustancia um conjunto de prerrogativas colocadas à disposição do empregador para direcionamento concreto e efetivo da prestação de serviços pactuada”. Cabe ressaltar que esse poder de organização que o empregador adquire, ao assumir os riscos do negócio, não é ilimitado e absoluto, devendo respeitar os princípios e normas legais, sendo, portanto, referenciando o

5 Expressão utilizada por Delgado (2010, p. 577).

mesmo autor, “válida e juridicamente protegida a resistência obreira a ordens ilícitas perpetradas pelo empregador no contexto empregatício”, isto é, direito de resistência ou *jus resistantiae* (DELGADO, 2010, p. 577).

Impende observar que não existe no ordenamento jurídico brasileiro norma que regulamente de forma expressa esse conjunto de poderes do empregador para organizar seu empreendimento. Entretanto, o referido autor (p. 613) salienta que essa regulação:

deriva da estrutura e dinâmica do próprio contrato de trabalho e do conjunto de prerrogativas a ele inerentes e distribuídas entre as partes contratuais. A legislação atual brasileira é que tende a tratar do poder empregatício, estabelecendo ou limitando prerrogativas no contexto intraempresarial.

Portanto, verifica-se que o pacto ajustado entre as partes (empregado e empregador), gera para o empregado, o dever de prestar o serviço sempre de maneira pessoal, bem como, em virtude da existência da subordinação jurídica, o empregador tem o direito de organizar a empresa com base em seu poder empregatício (diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar), com a respectiva contraprestação da remuneração, sendo os efeitos mais marcantes decorrentes do contrato de emprego.

Entretanto, conforme adiante exposto, foram surgindo, de forma gradativa, outras formas de relação de trabalho distintas da forma clássica regulada pelas normas celetistas. É o caso da terceirização, que introduz um novo sujeito à relação de prestação de serviços, (agora uma relação trilateral), que produzindo direitos e obrigações específicos para essa nova relação contratual, afasta a obrigatoriedade da presença da subordinação jurídica direta entre o trabalhador e o tomador dos serviços.

TERCERIZAÇÃO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O TEMA

As relações de trabalho, fortemente influenciadas pelas transformações sociais, sofreram profundas modificações nos últimos anos, ocorridas por uma conjunção de fatores, tais como a globalização da economia, fruto de

um capitalismo cada vez mais voraz, avanço na tecnologia, fazendo surgir novas relações de trabalho distintas daquelas previstas no ordenamento justralhista vigente.

Essa dinâmica nas relações de trabalho fez surgir a terceirização⁶, criando uma “nova forma de subordinação do empregado, estruturalmente distinta de formas anteriores” (SILVA, 2007). Desta forma, afasta-se a estrutura clássica de relação empregatícia, previsto no art. 2º, *caput* e 3º, *caput*, ambos da CLT, ou seja, prestado por pessoa física, de forma não eventual, com subordinação e de forma onerosa, para o surgimento de uma nova relação agora envolvendo um prestador de serviço, o trabalhador e o tomador do serviço.

Consiste a terceirização na transferência da execução de atividades secundárias (ou atividade-meio) de uma determinada empresa, a fim de dar maior eficiência na administração do negócio, diminuindo o custo e aumentando a qualidade. Assim, a empresa concentra seus esforços apenas na execução de sua atividade-fim, deixando para empresas menores, e mais especializadas, a execução dos serviços de suporte, ditos secundários.

Convém notar, outrossim, que Rodrigues Pinto (1997, p.144/145) critica o neologismo, aceitável, construído a partir de terciário ou terceiro, posto que: não expressa, por via de nenhuma das derivações, a ideia do que pretende passar, ou porque a empresa prestadora não é *terceiro* e sim *parceiro*, no sentido de contratante direto com a tomadora, nem os empregados de cada uma são terceiros perante elas, ou porque a atividade de apoio não é obrigatoriamente terciária, podendo ser secundária ou até mesmo primária. O que se está tratando, sob essa nova denominação, é apenas de um *contrato de prestação de serviço de apoio empresarial*, que exprimirá, decerto, com mais eloquência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de *contrato de apoio empresarial* ou, igualmente, *contrato de atividade de apoio*.

No âmbito do Direito do Trabalho, Delgado (2010, p. 414), afirma que terceirização “é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”. Desta forma, a antiga relação de trabalho realizada de forma bilateral, cede lugar para uma

6 Em países industrializados surgiu posteriormente o fenômeno de gerenciamento das empresas terceirizadas, a que se deu o nome de quarteirização (MARTINS, 2011b, p. 04).

nova relação, agora trilateral. Ainda segundo o autor:

por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Convém observar que na concepção de Martins Filho (2011, p. 7-8), “o fenômeno da terceirização é uma realidade econômica universal e irreversível, cuja face perversa deve ser transformada pela via legislativa, quer pela via judicial”. Informa ainda o referido autor que este fenômeno pode ocorrer de duas espécies diferentes: a) prestação ou fornecimento de bens ou serviços, em que a empresa prestadora realiza os serviços fora das dependências da empresa tomadora; e b) fornecimento de mão de obra em que a empresa contratada fornece mão de obra sob sua subordinação, para trabalhar nas dependências da empresa tomadora.

Ademais, cabe destacar que essa nova modalidade de contratação faz nascer uma relação entre a empresa tomadora e a prestadora do serviço regulada pelo direito civil (ou pelo direito administrativo), caracterizando como uma prestação de serviço, enquanto entre a empresa prestadora e o trabalhador existe um contrato de trabalho, regulado pelas normas celetistas.

Impende destacar que essa intermediação de mão de obra, sempre manteve uma relação de conflito com o ordenamento justralhista, principalmente com os princípios que regem essa justiça especializada, gerando assim, fortes restrições ao seu uso, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, onde segundo Pimenta (2011):

vários ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, ainda hoje, consideram ilegal a pura e simples intermediação de mão de obra (de modo pejorativo denominado *marchandage*), na medida em que a participação de um terceiro intermediário nessa relação de trabalho subordinado não teria nenhuma justificativa plausível, não passando de

reles venda, por um intermediário, do trabalho alheio, que se apropria de parte do valor da remuneração que, uma vez paga pelo tomador, deveria naturalmente destinar-se por inteiro a quem prestou aquele trabalho.

Por tais razões, tem-se por considerar a terceirização como uma “modalidade excetiva de contratação de força de trabalho” (DELGADO, 2010, p. 415), devendo ser analisada de forma cuidadosa, a fim de evitar um retrocesso nos direitos trabalhistas duramente conquistados pela classe obreira ao longo de várias décadas de luta e reivindicações, visando assim, evitar a flexibilização das normas trabalhistas.

TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O surgimento do fenômeno da terceirização e seu uso cada vez mais crescente na sociedade não foi acompanhado por uma legislação que atendesse de forma satisfatória as implicações jurídicas dela decorrentes.

A terceirização veio a assumir “clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil” (DELGADO, 2010, p. 415). Outrossim, quando da elaboração da CLT, na década de 40, foi feita referência a dois tipos de subcontratação de mão de obra, quais sejam: a empreitada e a subempreitada (art. 455), não existindo qualquer outro diploma legal ou construção jurisprudencial sobre a referida intermediação de mão de obra.

Impende observar que a terceirização, segundo Martins (2011b, p. 02), foi introduzida no Brasil através das multinacionais por volta de 1950, visando preocupar-se apenas nas atividades essenciais do negócio, transferindo a prestação serviços a terceiros para a produção de peças, procedendo, posteriormente, apenas a montagem. Menciona ainda o mesmo autor, que as empresas de limpeza e conservação também podem ser consideradas pioneiras no fenômeno da terceirização ocorrida no Brasil, tendo em vista existirem desde aproximadamente 1967.

Somente a partir década de 60 é que a ordem jurídica passou a criar normas atinentes ao fenômeno da terceirização, esclarecendo que o referido termo só veio ser utilizado anos mais tarde (DELGADO, 2010, p. 415).

Desta forma foram criados: o Decreto-Lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 aplicados ao segmento público; os Decretos-Leis números 1.212 e 1.216 de 1966 permitiram a prestação de serviços de segurança bancárias por empresas particulares; Decreto n. 62.756 de 1968 estabeleceu regras para o funcionamento das agências de intermediação de mão de obra (MARTINS, 2011b, p. 02).

Somente em 1970 a legislação incorporou um diploma normativo, aplicado ao setor privado, tratando especificamente da terceirização, a Lei 6.019/74 chamada de Lei do Trabalho Temporário⁷, que permitia a substituição provisória de funcionários da empresa tomadora. Em 1974, a Lei 7.102/83 permitiu a terceirização do serviço de vigilância bancária a ser prestado em caráter permanente. Cabe ainda mencionar o Decreto-Lei n. 2.300 de 1986 que disciplinava as licitações públicas, tendo sido posteriormente revogada pela Lei 8.666/93.

Convém notar, outrossim, que as relações sociais se desenvolvem em um ritmo bem mais acelerado do que o legislativo, nessa esteira, no Brasil, em 1973 “verificava-se que a locação de mão obra vinha se tornando cada vez mais frequente, onde existiam mais de 50.000 trabalhadores nessas condições na cidade de São Paulo, que prestavam serviços a mais de dez mil empresas” (ALMEIDA, 1977, p. 4 *apud*, MARTINS, 2011b, p. 03).

Com objetivos de reduzir custos em um mercado capitalista cada vez mais competitivo, o fenômeno da terceirização passou a ser largamente utilizado pelo setor privado da economia, onde segundo Delgado (2010, p. 416), surgiram “independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico”.

Assim, diante da ausência de normas legais específicas sobre o trabalho prestado de maneira terceirizada⁸, passaram a surgir inúmeros litígios trabalhistas relacionados à existência ou não de vínculo empregatício entre as partes contratantes. Tal fenômeno fez surgir interpretações jurisprudências divergentes entre os Tribunais Trabalhistas, o que fez com que o Colendo

7 Projeto de Lei (n. 1.347) apresentado pelo Deputado João Alves.

8 Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.330/2004 que prevê a regulamentação da terceirização.

Cabe ressaltar que no dia 04 de junho de 2012 foi realizada, na Bahia, uma audiência pública para debater a terceirização e referido Projeto de Lei.

Tribunal Superior do Trabalho editasse, inicialmente, o Enunciado 256 de 1986, que posteriormente foi totalmente revista pela Súmula 331 de 1993.

Empreitada e Subempreitada

Quando da publicação da CLT, na década de 40, a terceirização não era fenômeno constituído de relevância no ordenamento jurídico pátrio ou na jurisprudência trabalhista⁹, não existindo nenhuma previsão normativa sobre o tema, tendo em vista, não ter possuído grande significação socioeconômica no início da industrialização no país. Entretanto a norma celetista fez menção a duas formas de subcontratação de mão de obra, a empreitada e a subempreitada (art. 455), que “hoje, podem ser interpretadas como referências incipientes a algo próximo ao futuro fenômeno terceirizante” (DELGADO, 2010, p. 415).

Portanto, manteve-se a relação empregatícia como bilateral, onde se tem de um lado o empregador, com seu poder diretivo, e do outro o empregado, submetido a uma subordinação jurídica.

Entidades Estatais Terceirizantes

Conforme já exposto em linhas anteriores, excluindo-se as referências trazidas pela CLT tratando da empreitada e subempreitada, (arts. 455 e 652, “a”, III), as primeiras menções legais sobre o fenômeno terceirizante, segundo Delgado (2010, p. 417) ocorreram no “segmento estatal das relações de trabalho”, expondo ainda que:

No quadro da reforma administrativa intentada em meados da década de 1960, no âmbito das entidades estatais da União (Decreto-Lei n. 200, de 1967), foram expedidos dois diplomas que estimulavam a prática de descentralização administrativa, através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas componentes do segmento privado da economia.

Os aludidos textos legais citados pelo autor são o art. 10 do Decreto-Lei

⁹ Impende observar que a legislação civil já regulamentava a empreitada e a prestação de serviços no Código de 1916 (DELGADO, 2010, p. 415).

n. 200/67 e a Lei n. 5.645/70, tratando-se, grosso modo, de uma terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública direta.

O Decreto, em análise, autoriza a administração estatal a transferir a execução de tarefas instrumentais a terceira pessoa, ou seja, que a prestação pode se dar de forma indireta (mediante contrato), “para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa” (art. 10, § 7º).

Convém notar, outrossim, que a Administração Pública está submetida ao Princípio da Legalidade (art. 37, *caput*), tendo o Decreto-Lei 200/67 autorizado a execução indireta de serviços, sem entretanto estabelecer quais tarefas poderiam ser prestadas por meio da terceirização. Desta forma a Lei 5.645/70, trouxe um rol exemplificativo dessas atividades: “[...] relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, serão de preferência, objeto de execução mediante contrato[...]” (art. 3º, parágrafo único).

Impende observar que todas as atividades referidas na Lei 5.645/70 são hipóteses de atividades instrumentais ou de atividades-meio, não existindo no ordenamento jurídico autorização para a terceirização de atividades-fim dos tomadores do serviço (DELGADO, 2010, p. 418).

Lei n. 6.019/74 (Trabalho Temporário) e Lei n. 7.102/83 (vigilantes)

No âmbito das relações privadas, o processo de terceirização veio a possuir previsão legal apenas em 1974, com a Lei n. 6.019 (Lei do Trabalho Temporário), que passou a prever:

as hipótese específicas de que tratava (o trabalho temporário nas empresas urbanas, destinado a atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços), dissociou, de forma expressa, a figura jurídica do empregador, que passou a ser a empresa fornecedora daquela mão de obra, daquele tomador (ou beneficiário) dos serviços prestados por estes trabalhadores, quebrando-se, assim, o paradigma clássico da relação bilateral de trabalho (PIMENTA, 2011).

Assim, já na década de 80, surge a Lei 7.102/1983, que passou a disciplinar o sistema de segurança dos estabelecimentos bancários, permitindo que fossem prestados por empresas especializadas, em um modelo de terceirização permanente. Cabe ressaltar, que as hipóteses previstas inicialmente por essa lei, foram ampliadas com a edição da Lei 8.863 de 1994¹⁰.

Impende observar que o processo terceirizante difundiu-se, por intermédio de empresas fornecedoras de mão de obra, além das hipóteses previstas na legislação em comento. Nessa esteira, Delgado (2010, p. 419) afirma que:

poderia se falar em aplicação analógica dos dois diplomas normativos referentes à Administração Pública (art. 10, *caput*, Decreto-Lei n. 200/67 e Lei 5.645/70), autorizando-se, genericamente, a terceirização de atividades meramente instrumentais da empresa tomadora, suas atividades efetivamente meio. Contudo, a expansão fez-se muito além desses limites já bastante amplos.

Assim, diante da utilização massiva do fenômeno da terceirização, o ordenamento jurídico, mesmo com aplicação por analogia das normas aplicáveis ao trabalho prestado à Administração Pública, não foi suficiente para regular a matéria.

Tratamento Jurisprudencial

Diante da rápida disseminação da utilização da prestação de serviço de maneira indireta, frente a uma lacuna legislativa, fez surgir o ajuizamento de enorme quantidade de ações individuais na justiça laboral, “induzindo um esforço hermenêutico destacado por parte dos tribunais do trabalho, na busca da compreensão da natureza do referido processo e, afinal, do encontro da ordem jurídica a ele aplicável” (DELGADO, 2010, p. 417).

Impende observar que Jorge Neto e Cavalcante (2011, p. 16) afirmam que “a bem da verdade, não havia proibições legais quanto a prática da prestação de serviços, até a emissão da Súmula 256 pelo TST”, ainda debruçando sobre o tema, afirmam os mesmos autores que:

¹⁰ “Hoje são consideradas como atividades submetidas à presente modalidade de terceirização a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além de transporte ou garantia de transporte de qualquer tipo de carga” (DELGADO, 2011, p. 419).

o TST não admitia a terceirização pelos seguintes motivos: a) o trabalhador tem direito à sua inserção no desenvolvimento da empresa (art. 165, V, CF/1967); b) o lucro das empresas de mão de obra, que advém do valor recebido das empresas tomadoras, e o que pagava aos seus empregados; c) o fato de que a intermediação, geralmente, ultrapassava os limites de 90 dias, logo, haveria a formação da relação de emprego diretamente entre o trabalhador e a empresa tomadora.

Nessa esteira, o Tribunal Superior do Trabalho, em 30/09/1986, aprovou o Súmula n. 256¹¹ limitando drasticamente a “institucionalização da terceirização privada no Brasil, considerando-a sempre, salvo as duas exceções nela expressas, como caracterizadora de *marchandage* (isto é, pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas) e, portanto, ilícita” (PIMENTA, 2011). Nestes termos, estabelece a Súmula n. 256:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas leis ns. 6.019, de 3/1/74, e 7.102, de 20/6/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Ademais, o texto da citada Súmula parecia apresentar um rol taxativo de hipóteses de cabimento da terceirização, o que acabava comprometendo sua própria absorção pelos profissionais do direito (DELGADO, 2010, p. 422).

Assim, diante da ampliação da utilização de serviços terceirizados lícitos por parte da Administração Pública, conforme já exposto, a própria jurisprudência do TST, de forma gradativa passou a abrandar o rigor da Súmula 256, passando a aceitar a utilização de serviços técnicos especializados (lícitos), vindo a compreender todas as atividades-meio das empresas privadas, tomadoras do serviço (PIMENTA, 2011).

Pelas razões acima transcritas vinculadas as polêmicas judiciais referentes à aplicação do enunciado da Súmula 256, com a flexibilização de sua aplicação, bem como a inovação trazida pela promulgação da nova Constituição da República em 1988, acarretaram a revisão a do referido verbete, sendo editada,

11 Aprovada pela Resolução Administrativa n. 4/ 86 e posteriormente cancelada pela Resolução n. 121 do TST. Entretanto, ainda se aplica o citado enunciado às situações anteriores à Constituição de 1998, nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 321, da SDI-1, do TST (BARROS, 2009, p. 446).

em seu lugar a Súmula 331¹², TST, observe-se:

Súmula 331: Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade.

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

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

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

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de 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. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação

A edição do enunciado da referida Súmula teve como fundamentos o Decreto-Lei 200/67 (art. 10, §7º), Lei 5.645/70 (art. 3º, parágrafo único),

12 Aprovada pela Resolução Administrativa n. 23/93 de 17 de dezembro de 1993, tendo sido revisada pela Resolução n. 96, de 11/9/2000 que deu nova redação ao inciso IV.

Após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 pelo plenário do STF, o TST alterou a Súmula 331 através da Resolução n. 174, de 24/5/2011 que deu nova redação ao inciso IV e acrescentou os incisos V e VI, adaptando assim, ao novo entendimento da suprema corte.

Leis ns. 6.019/74 e 7.102/83, bem como a Constituição Federal de 88 em seu art. 37, inciso II (MARTINS, 2011b, p. 124).

Desta forma, o novo entendimento jurisprudencial, estampado no verbete em comento, trouxe algumas respostas às críticas feitas ao texto da antiga Súmula 256, onde, passou a admitir como lícita a terceirização em atividades-meio, incorporando as hipóteses execução indireta aplicável no âmbito da Administração Pública (conservação e limpeza e atividades meio), desde que inexistentes a personalidade e a subordinação, estabelecendo a vedação constitucional de contratação de servidores públicos sem a realização de concurso público, assegurou proteção patrimonial aos trabalhadores terceirizados, ao atribuir responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços (particular ou Administração Pública) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora (DELGADO, 2010, p. 423).

Impende observar que o novo verbete em referência deixou de:

presumir, como antes fazia a primeira súmula, que a terceirização em atividade-meio constitui um artifício fraudulento de comercialização de mão de obra (o *marchandage*), passando-se a presumir exatamente o contrário, ou seja, que essa terceirização nas atividades-meio das empresas privadas e dos entes públicos em geral constitui um veículo de especialização dos tomadores dos serviços em sua vocação essencial (AMORIM, 2009, p. 122/123, *apud*, PIMENTA, 2011).

Portanto, a Súmula 331 buscou fixar os limites da responsabilidade do tomador dos serviços, a fim de evitar uma precarização e desproteção aos trabalhadores terceirizados, buscou diferenciar o que seria atividade-meio e atividade-fim, o que, conseqüentemente, acaba definindo se a terceirização foi lícita ou ilícita. Cabe mencionar que a referida Súmula será tratada quando da análise da imputação de responsabilidade quando o tomador é a Administração Pública.

Cabe destacar que prática da terceirização é tão complexa que, mesmo após a decisão do STF na ADC n. 16 com posterior revisão da Súmula 331, o TST nos dias 04 e 05 de outubro de 2011 realizou uma Audiência Pública¹³ sobre

13 Foram colhidos cerca de 40 depoimentos de especialistas na matéria. Os vídeos estão disponíveis em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/videos>

a terceirização “para coleta dos elementos técnicos necessários a uma melhor compreensão socioeconômica do fenômeno da terceirização” (MARTINS FILHO, 2011, p. 5-7). Buscou-se nessa audiência o esclarecimento dos Ministros da Suprema Corte Trabalhista a respeito do tema, haja vista todos os argumentos ali debatidos (sejam a favor ou contra).

Em remate, no entendimento de Martins (2011b, p. 165) enquanto o poder legislativo não edita norma para regular tal fenômeno “temos que as regras legais já existentes são suficientes para disciplinar a terceirização, sendo que eventuais abusos na área trabalhista poderão ser sancionados com a aplicação do art. 9º da CLT [...]”.

Cooperativas e a Terceirização

A Lei n. 8.949 de dezembro de 1994, acrescento o parágrafo único ao art. 442 da CLT, estabelecendo 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”, existindo uma presunção relativa (*iuris tantum*) de ausência de vínculo empregatício, podendo ser suprimida por prova em contrário, tendo em vista a aplicação do Princípio da Primazia da Realidade que rege o Direito do Trabalho.

No entendimento de Martins (2011a, p. 193), consiste a Cooperativa em “uma forma de união de esforços coordenados entre pessoas para a consecução de determinado fim”, inexistindo assim, o pressuposto, caracterizador do vínculo empregatício, ou seja, a subordinação.

Referenciando ainda o mesmo autor (2011b, p. 92), afirma que a cooperativa “pode ser uma forma de terceirização, quando a empresa necessita de serviços ou bens que são produzidos por aquela”, desde que os serviços prestados sejam de curta duração, de conhecimentos específicos, devendo, ainda, serem prestados sem presença de subordinação jurídica.

A respeito desse tema, observe-se o exemplo na realidade baiana, mais precisamente o Município de Camaçari, que presta serviços, à população, na área de saúde de forma indireta, ou seja, o serviço é prestado por uma Cooperativa de Saúde, a COOPERSAÚDE¹⁴ (Cooperativa de Saúde e

14

Conforme Termo Aditivo ao Contrato de aquisição n. 126/2010, publicado no diário oficial

Serviços Correlatos).

Impende ainda observar que provada a existência de fraude na prestação do serviço pelos cooperados, aplicar-se-á o art. 9º, da CLT que determina que serão nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, fraudar, ou impedir a aplicação das normas celetistas, onde, preenchidos os requisitos caracterizadores da relação empregatícia (art. 3º, da CLT), será formado o vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços.

CARACTERÍSTICAS DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização faz surgir uma nova modalidade de relação jurídica a ser tratado pelo Direito do Trabalho, afastando-se a figura clássica do contrato de emprego bilateral, firmado entre empregado e empregador, para uma relação trilateral, entre a empresa prestadora de serviços, o trabalhador e a empresa (ou ente público) tomador do serviço.

Em consonância com isso, Jorge Neto e Cavalcante (2011, p. 16), afirmam que “na terceirização, há a intermediação da mão de obra pelas empresas prestadoras de serviços”, onde os trabalhadores são subordinados de forma direta à empresa prestadora dos serviços, responsável pelos créditos trabalhistas decorrentes desta relação.

Impende observar que a empresa prestadora de serviços é pessoa jurídica de direito privado que mantém com a empresa tomadora relação jurídica regida pela lei civil; a empresa de prestação de serviços, contrata, remunera e dirige o trabalho realizado a seus empregados, regidos pelas normas da CLT, (salvo a hipótese de empresa de vigilância que será regido pela Lei 7.102/83) onde os referidos empregados terceirizados não estão subordinados ao poder diretivo ou disciplinar da empresa tomadora (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2011, p. 16/17).

Já a empresa tomadora dos serviços é pessoa natural ou jurídica de direito público (onde a relação com a prestadora será regido pelo direito administrativo) ou de direito privado (regidos pelas normas civilistas), devendo as empresas contratantes desenvolver atividades diferentes e ter finalidades distintas (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2011, p. 17).

Inadequado seria esquecer também que a obrigação de pagar a contraprestação pecuniária (remuneração) pelo trabalho prestado é sempre da empresa prestadora dos serviços, entretanto, quando esta se tornar inadimplente com as obrigações trabalhistas, a Súmula 331, item IV, autoriza a imputação tal responsabilidade à empresa tomadora.

EFEITOS JURÍDICOS NA TERCEIRIZAÇÃO

Os efeitos jurídicos decorrentes da prestação de serviços pela utilização do fenômeno da terceirização vão variar a depender de como ocorreu a prestação do trabalho, se foi feito na atividade-meio do tomador ou na atividade-fim, se foi prestado de forma lícita ou ilícita, pois esta não pode ser utilizada com a finalidade de burlar a legislação trabalhista.

Terceirização Lícita

A terceirização será considerada lícita, basicamente, se respeitar o teor do enunciado da Súmula 331, do TST, que se dividem em trabalho temporário (item I), serviços de vigilância, serviços de conservação e limpeza bem como os serviços ligados a atividade-meio (item III), que são considerados serviços especializados do tomador. Portanto, sendo lícito o pacto firmado estarão presentes as características já elencadas anteriormente, onde o vínculo de emprego será formado entre o trabalhador e a empresa prestadora, estando à tomadora vinculada a ela por um contrato civil ou administrativo de prestação de serviços.

O item I da Súmula estabelece que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador do serviço, salvo as hipóteses que autorizam a contratação de trabalho temporário (Lei 6.019/74), ou seja, “ou se trata de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou se trata de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa” (DELGADO, 2010, p. 423), além, é claro, dos requisitos¹⁵ exigíveis pela lei.

15 Como exemplo, estabelece o art. 10 que “o contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora, em relação ao mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização

Portanto, no caso de prestação de serviço com base lei do trabalho temporário, poderá ser concretizada tanto na atividade-meio da tomadora quanto na atividade-fim, tendo em vista tratar-se de uma substituição temporária, sendo a única modalidade de terceirização que permite a pessoalidade e a subordinação jurídica direta do trabalhador terceirizado diante do tomador dos serviços, situação em que o obreiro se integra, provisoriamente, a dinâmica da própria empresa tomadora do serviço (DELGADO, 2010, p.426).

Já o item III, da Súmula 331, do TST, prevê como hipóteses lícitas de terceirização do trabalho quando se tratar de serviço de vigilância¹⁶, conservação e limpeza bem como os serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que não sejam prestados com pessoalidade e subordinação jurídica direta.

Convém destacar que a Súmula 331, do TST só admite como forma de terceirização lícita aquela que for realizada na atividade-meio (salvo no caso de trabalho temporário), formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços quando esta é realizada na sua atividade-fim (item II da Súmula).

A atividade-meio é uma atividade acessória, de apoio ao empreendimento, instrumental à execução do objetivo principal da empresa, podendo ser conceituada como “atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais” (MARTINS, 2011b, p. 130), atividade que não se caracteriza como objeto principal da empresa, atividades instrumentais, tratando-se de um serviço especializado.

Convém observar que Delgado (2010, p. 425) afirma que:

A dualidade atividades-meio versus atividades-fim já vinha sendo elaborada pela jurisprudência ao longo das décadas de 1980 e 90, por influência dos dois diplomas legais dirigidos à Administração Pública e como parte do esforço para melhor compreender a dinâmica jurídica da terceirização por além dos limites colocados pela antiga Súmula 256 do TST. A Súmula 331 claramente assimilou os resultados desse esforço hermenêutico.

conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social” (MARTINS, 2011b, p. 128).

¹⁶ Cabe destacar que vigilante não é vigia. Vigilante é membro de categoria especial, diferenciada, se submetendo a regras próprias. Já o vigia é empregado não especializado que se vincula diretamente com o tomador (DELGADO, 2010, p. 424).

Já a atividade-fim é a atividade principal da empresa, ou essencial, o núcleo do empreendimento, onde segundo Delgado (2010, p. 425), a atividade-fim são “as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial”.

Impende observar que o enunciado da Súmula em análise parece não estar em compasso com a doutrina mais recente que admite a prestação de serviços terceirizados na atividade-fim da tomadora. Nessa esteira:

Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva restringir-se à atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no art. 170 da Constituição (MARTINS, 2011b, p. 132).

perfeitamente lícita a terceirização de qualquer parte do sistema produtivo, pouco importando se os serviços são realizados no estabelecimento da fornecedora ou da tomadora, ou se trata de atividade-fim, essencial ou primordial da empresa (foco) ou atividade-meio (acessória ou de apoio). Admitir-se a terceirização apenas na atividade meio, seria o mesmo que inadmiti-la, porquanto, na maioria das vezes se torna impossível fazer essa distinção [...] Apenas, em caso de fraude à lei (CLT, art. 9º e 444), inadimplemento ou inidoneidade financeira do fornecedor ou prestador, o tomador responderá subsidiariamente e não solidariamente pelas verbas dos empregados fornecidas [...]” (ROBORTELLA).

À guisa de exemplo de execução (lícita) indireta de serviços na atividade-fim, Martins (2011b, p. 133) menciona a indústria automobilística, na construção civil, como fundação ou pintura, bem como as costureiras, entre outras. Desta forma, a “terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego” (MARTINS, 2011b, p. 159).

Portanto, para que a terceirização seja considerada legal é preciso que não existam, na relação triangular, os elementos caracterizadores do vínculo empregatício entre o tomador do serviço e o trabalhador terceirizado, especialmente o pressupostos da subordinação¹⁷ jurídica direta e a

17

Martins (2011b, p. 161) afirma que a subordinação técnica pode ficar demonstrada com o

personalidade, salvo no caso de terceirização realizada através do trabalho temporário (BARROS, 2009, p. 454), sob pena de formar-se a relação de emprego diretamente com o tomador.

Neste mesmo sentido, Martins (2011b, p. 160) afirma que:

o terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado[...]. [...] os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirizante, nem poderão estar sujeitos ao seu poder de direção, caso contrário existirá o vínculo de emprego.

Cabe ressaltar ainda que o referido autor (2011b, p. 161) aponta algumas regras para que se possa determinar se uma terceirização seja considerada lícita:

a) idoneidade econômica da terceirizada; b) assunção de riscos pela terceirizada; c) especialização nos serviços a serem prestados; d) direção dos serviços pela própria empresa terceirizada; e) utilização de serviços, evitando-se a terceirização da atividade-fim; f) necessidade extraordinária e temporária de serviços.

Portanto, a terceirização para ser considerada lícita deve obedecer ao ditames estabelecidos na Súmula 331 do TST, bem como as regras e princípios que norteiam o Direito do Trabalho, principalmente o Princípio da Primazia da Realidade, determinando que a situação fática deverá prevalecer sobre a forma empregada.

Terceirização Ilícita

A terceirização será considerada ilícita quando não respeitar os limites estabelecidos na Súmula 331 do TST, ou seja, quando for realizada por empresa interposta (salvo no caso de trabalho temporário), quando no caso de serviços de vigilância, conservação e limpeza, serviços especializados ligados a atividade-meio da empresa tomadora for realizado com subordinação jurídica

tomador, que dá ordens técnicas de como pretende que o serviço seja prestado.

direta e pessoalidade perante o tomador ou, em regra, quando a execução indireta recair na atividade-fim da empresa tomadora.

Como se depreende do magistério de Martins (2011b, p. 159) “a terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores”, ou seja, não se admite o tráfico de mão de obra.

Declara o art. 9º da CLT que são nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de fraudar, impedir ou desvirtuar a aplicação das normas celetistas, prevalecendo o princípio da primazia da realidade sobre os aspectos formais da contratação, gerando como consequência principal da terceirização ilícita a formação de vínculo de emprego diretamente entre a empresa tomadora (empregador oculto)¹⁸ e o trabalhador terceirizado, conforme estabelece o item I, da Súmula 331, do TST, gerando a responsabilidade solidária entre as empresa contratantes.

A respeito desse assunto, Vólia Bomfim (2011, p 544) afirma que “a correção da titularidade da relação empregatícia com o repasse ao tomador do vínculo e dos encargos trabalhistas daí decorrentes é o mecanismo adotado pelo judiciário para sanar os abusos e ilegalidades”. Destaca ainda a referida autora que o obreiro deveria postular a nulidade do contrato fictício e conseqüentemente o vínculo com o empregador real (o tomador dos serviços) bem como o verdadeiro enquadramento legal e sindical, não se limitando somente a requerer a imputação de responsabilidade subsidiária do tomador.

Impende observar que se a empresa tomadora for a Administração Pública, a ilicitude no uso da terceirização não gera o reconhecimento do vínculo de emprego, tendo em vista a exigência constitucional da realização do concurso público (art. 37, II, da CF) para a investidura em cargo público (item II, da Súmula 331), o que não afasta a responsabilidade do ente estatal.

Responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas

Quanto à responsabilização pelo pagamento das verbas trabalhistas decorrentes do trabalho terceirizado, deve-se destacar algumas situações

18 Delgado (2010, p. 423) informa que a pratica terceirizante propicia o surgimento do “empregador aparente versus empregador oculto”, onde “o corretivo jurídico aplicável a tais situações, ou seja, o reconhecimento do vínculo de emprego com o empregador oculto”.

específicas. A primeira delas se refere à terceirização realizada de forma lícita no âmbito das empresas privadas. Nesse caso a obrigação pelo pagamento das referidas verbas é da empresa prestadora dos serviços, sendo a tomadora responsável de forma subsidiária¹⁹, desde que haja participado da relação processual e conste no título executivo judicial (item IV, da Súmula 331, do TST).

Partindo desse entendimento, Barros (2009, p. 455) afirma que “a função da responsabilidade é, portanto, servir como sanção civil, de natureza compensatória” onde se verifica que:

o tomador dos serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador.

Desta forma o inadimplemento quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços indica a sua falta de idoneidade financeira, caracterizando uma culpa *in eligendo e in vigilando* por parte da tomadora dos serviços, tendo em vista a má escolha e por não fiscalizar o devido cumprimento das obrigações contratuais. Cabe ainda destacar que os artigos 186 e 927 do CC, estabelecem que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Impende observar que a empresa tomadora dos serviços somente será responsabilizada de forma subsidiária se houver participado do polo passivo da reclamação trabalhista e conste no título executivo, vindo a responder pelo débito se a empresa prestadora não pagar a dívida ou não tiver patrimônio suficiente para adimplir a obrigação, preservando seu direito de regresso contra o real devedor (MARTINS, 2011b, p. 138).

Em consonância com isso, Barros (2009, p. 456) afirma que na fase de execução, tendo em vista o caráter alimentar da verba trabalhista, “não sendo

19 Os conceitos de responsabilidade subsidiária ou solidária são obtidos a partir do direito civil, por força do parágrafo único do art. 8º da CLT (MARTINS, 2011b, p. 135).

possível a penhora de bens suficientes e desimpedidos da pessoa jurídica empregador, deverá o tomador dos serviços, como responsável subsidiário, sofrer logo em seguida a execução trabalhista”, incidindo sua responsabilidade de forma automática.

O item VI, da Súmula 331, do TST estabelece que a “responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”, devendo o tomador dos serviços responder por todas as verbas que seriam de responsabilidade do devedor principal, como por exemplo, a multa do parágrafo 8º, do art. 477, da CLT ou do art. 467, ou seja, todas as obrigações trabalhistas não cumpridas pelo empregador (MARTINS, 2011b, p. 140).

Contudo, cabe ressaltar que se o serviço terceirizado for realizado nas dependências da empresa prestadora dos serviços, e não diretamente na sede da empresa tomadora, Martins (2011b, p. 139) salienta que “não se pode falar em responsabilidade subsidiária do tomador”. É o que ocorre, segundo o referido autor, quando a empregada lava roupas para vários hospitais nas dependências da própria prestadora de serviços e não das tomadoras.

Outra situação específica que requer cautela ocorre quando se tratar de terceirização ilícita. Conforme estabelece o entendimento sumulado do TST, o vínculo de emprego será formado diretamente com o tomador dos serviços, ocorre que, também será aplicado a responsabilidade solidária entre as empresas contratantes, prestador e tomador dos serviços, observe-se:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DE SERVIÇOS. ATUAÇÃO NAS ATIVIDADES-FIM DA EMPRESA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

As situações-tipo de terceirização lícita estão, hoje, claramente assentadas no texto da Súmula 331/TST.

E, constatada a ilicitude da terceirização de serviços, em flagrante violação aos direitos trabalhistas da Reclamante (art. 9º da CLT), impõe-se a responsabilização solidária das Reclamadas, como mera consequência da ilegalidade declarada, o que encontra amparo no art. 942 do atual Código Civil. Reconhecido o vínculo empregatício com o empregador dissimulado, incidem sobre o contrato de trabalho todas as normas pertinentes à efetiva categoria obreira, corrigindo-se eventual defasagem de parcelas ocorrida em face do artifício terceirizante. (RR

1116-412010.5.03.0015, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, 6º turma, julgamento 29/02/2012, grifos acrescidos).

Entendimento esse também acolhido por Martins (2011b, p. 136), ao afirmar que, com base no parágrafo único do art. 8º da CLT, autoriza a aplicação do direito civil quando da ocorrência de omissão de normas trabalhistas sobre o tema, donde se infere a aplicação do art. 942²⁰ do CC quando ocorrer a terceirização de forma ilícita, imputando a responsabilidade solidária entre a empresa tomadora (seja ente público ou empresa privada) e a empresa prestadora dos serviços.

Por fim, a responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações será tratada em tópico próprio, tendo em vista as regras específicas a que se submetem os entes públicos.

Isonomia Salarial

Além das hipóteses de reconhecimento de vínculo de emprego com o tomador, a possibilidade de configuração de responsabilidade subsidiária ou até mesmo solidária entre as empresas contratantes, a terceirização (lícita ou ilícita) também faz surgir o debate sobre o tratamento isonômico a ser aplicado ao trabalhador terceirizado em face dos trabalhadores da empresa tomadora dos serviços, principalmente quanto ao aspecto da remuneração (DELGADO, 2010, p. 427).

Convém notar, outrossim, que a Lei do Trabalho temporário (Lei n. 6.109/74) trata desse tema, ao estabelecer em seu art. 12, “a”, que “ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos: a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora [...]”.

Portanto, a referida norma do “salário equitativo ou comunicação remuneratória”, aplica-se, em regra, somente aos trabalhadores temporários, por ausência de previsão legal às demais hipóteses de trabalho terceirizado (DELGADO, 2011, p. 427). Informa ainda o mesmo autor que a

20 Art. 942, do CC: “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

jurisprudência não é pacífica quanto à aplicação do salário equitativo nas demais hipóteses de terceirização, principalmente quando esta se dá de forma lícita²¹. Tratando especificamente sobre o tema, a OJ 383 da SDI 1 do TST expõe que:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010) 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 n.º 6.019, de 03.01.1974.

De todo modo, o ordenamento jurídico, interpretado de forma sistemática, indica para a aplicação da comunicabilidade remuneratória entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador da empresa tomadora dos serviços, tratando-se de normas constitucionais que tratam da isonomia, art. 5º, *caput* e o inciso I; ou que preveem a ideia da prevalência dos direitos sociotrabalhistas, art. 1º, III e IV, art. 3º I, III, IV, art. 4º, II, art. 6º, art. 7º, *caput*, inciso XXXII; preceitos constitucionais concernentes a proteção do salário, art. 7º, VI, VII, X (DELGADO, 2010, p. 428).

Convém destacar a opinião contrária à aplicação dessa equiparação, do magistério de Martins (2011b, p. 134), que afirma que “não é possível haver equiparação salarial ou igualdade de salário entre empregado de empresa prestadora de serviços e empregado pertencente à tomadora, pois os empregadores são distintos”.

Corroborando desse entendimento (não ocorrência da isonomia salarial), Vólia Bomfim (2011, p. 544) salienta que, no caso da terceirização lícita, não se aplica a regra da equiparação salarial entre os empregados terceirizados e os

21 Delgado (2010, p. 427) afirma que a jurisprudência tem entendido que em casos de terceirização lícita (nas hipóteses de conservação e limpeza, vigilância ou na atividade-meio) o “padrão remuneratório da empresa tomadora não se comunicaria com o padrão remuneratório dos trabalhadores terceirizados a serviço da mesma tomadora”.

da empresa tomadora, tendo em vista não possuírem o mesmo “empregador aparente”.

Entretanto, impende observar que a terceirização não pode ser utilizada com fins de fraudar a aplicação da legislação trabalhista, devendo ser utilizada com cautela. Assim:

a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, [...] colocando-se contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea (DELGADO, 2010, p. 428).

De igual forma, Jorge Neto e Cavalcante (2010, p. 438) citam o enunciado 16 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do trabalho, que estabelece que:

II- TERCEIRIZAÇÃO. SALÁRIO EQUITATIVO. PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.

Portanto se faz necessário a aplicação do salário equitativo nas relações terceirizadas a fim de evitar ofensa aos direitos dos trabalhadores terceirizados. Assim, diante da existência de regras constitucionais de tratamento isonômico, como já elencado, bem como a própria legislação ordinária autoriza a sua aplicação, conforme estabelece o art. 12, alínea “a” da Lei 6.019/74, aplicado às demais hipóteses de terceirização, por força do art. 8º da CLT. Além do mais o que importa para o Direito do Trabalho é a realidade dos fatos (Princípio da Primazia da Realidade), trabalhando na mesma empresa, fazem jus à isonomia remuneratória.

A TERCEIRIZAÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

A globalização, as crises econômicas e a evolução social são fatores que contribuíram para a ocorrência de mudanças na sociedade que interferem de

forma direta no ordenamento jurídico, principalmente no ramo trabalhista, tendo em vista que o trabalho é o grande propulsor da economia, gerando e fazendo circular a riqueza produzida (SILVA; ACORCI, 2010, 1132). Sendo, portanto, necessário ao Estado criar meios eficazes de manutenção das normas protetivas aos trabalhadores que se encontram nessas novas formas de prestação de serviço.

Nessa esteira, o Direito do trabalho vem se modificando para se adaptar ao dinamismo com que a sociedade evolui, gerando, de acordo com Martins (2011b, p. 260), a teoria da “flexibilização dos direitos trabalhistas”, surgindo a partir de crises econômicas existentes na Europa por volta de 1973. Referenciando ainda o mesmo autor a “flexibilização das condições de trabalho é um conjunto de regras que tem por objetivo instruir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho”. Desta forma, a terceirização surgiu com a reorganização do mercado de trabalho, que fez surgir novas formas de prestação de serviços.

Convém observar que Delgado (2010, p. 444) afirma que a “terceirização propicia um expressivo exemplo revelador desse caráter do Direito e da dinâmica de suas relações com o cotidiano concreto de uma sociedade”, haja vista que o fenômeno terceirizante como forma de contratação de trabalho não prevista em lei e que aos poucos foi sendo adaptado aos princípios e regras trabalhistas.

De todo modo, Martins Filho (2011, p. 8-9) salienta sobre a existência de efeitos maléficos que a má utilização da terceirização pode gerar no âmbito das relações de trabalho, a saber:

- a) mera redução de custos das empresas tomadoras dos serviços, com sensível redução de salários, [...], sendo que o que lhes seria devido vai para o intermediador de mão de obra; b) não integração do trabalhador na empresa em que efetivamente presta serviços e que é real beneficiária de seus serviços; c) descuido das normas de segurança e medicina do trabalho por parte das empresas terceirizadas [...], o que tem ocasionado aumento considerável dos acidentes de trabalho; d) precarização da relação de trabalho, com altos índices de rotatividade da mão de obra terceirizada [...].

A flexibilização das normas trabalhistas pode ser classificada como sendo de remuneração, ou no uso da força de trabalho, ou se tratando da estabilidade no tempo de duração do pacto de trabalho (MARTINS, 2011b, p. 27).

O surgimento da flexibilização das normas trabalhistas decorre do aparecimento de novas tecnologias nos meios de produção em um mercado capitalista cada vez mais competitivo, principalmente o modo de como o trabalho é prestado, como por exemplo, a terceirização que se expressa como uma forma dessa flexibilização (MARTINS, 2011b, p. 27).

Compartilhando desse entendimento, Miraglia e Rocha (2011, p. 49) afirmam que “os trabalhadores terceirizados ficam a margem da sociedade ao serem utilizados como mero meio de lucro para o empresário e para o próprio Estado, que explora a mão de obra em condições precárias”, bem como, partindo da mesma ideia, Silva e Acorci afirmam que:

[...] a terceirização de serviços não encontra explicação outra que não no intuito de burla à legislação trabalhista, impingindo ao trabalho, e conseqüentemente ao trabalhador que o presta, a condição de simples mercadoria, em flagrante afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do trabalho como valor social (art. 1º, III e IV).

É sobremodo importante assinalar que, na opinião de Martins Filho (2011, p. 11-12) no âmbito da Administração Pública a utilização da terceirização com base na Lei de Licitações, adotando “como critério o menor preço do bem ou serviço, fazem com que as irregularidades se multipliquem”, fazendo surgir empresas de fachada “que loteiam entre si os contratos com o setor público” bem como os empregados terceirizados permanecem prestando serviços aos entes públicos, mesmo com a mudança das empresas prestadoras dos serviços, indicando a ocorrência da pessoalidade e subordinação com o tomador.

Portanto, com o aumento na utilização da terceirização, saindo de uma relação clássica de prestação de trabalho de forma bilateral, para uma prestação de serviço, agora trilateral (empresa prestadora dos serviços, o trabalhador e a empresa tomadora), importa em diminuição da proteção dos direitos trabalhistas, gerando uma descaracterização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (SILVA; ACORCI, 2010, 1132), tendo em

vista que a subordinação jurídica direta e conseqüentemente, o vínculo de emprego forma-se entre o trabalhador e a empresa prestadora do serviço.

Impende observar que a utilização da prestação de serviço por meio da terceirização atinge, de forma drástica, a estrutura do Direito do Trabalho, observe-se: “primeiro, dificultando a criação de normas protetivas. Segundo, facilitando a edição de normas precarizantes. Terceiro, enfraquecendo aquela sanção paralela e, desse modo, debilitando cada artigo da CLT” (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011, p. 09), haja vista que o referido fenômeno aumenta a rotatividade de mão de obra e conseqüentemente os níveis de desemprego.

A esse respeito, em audiência pública realizada no estado da Bahia para debater a terceirização e o projeto de Lei nº 4.330/2004²², a socióloga Graça Druker²³, alicerçada em estudos sobre o fenômeno da terceirização nos setores automotivos, de limpeza e petroleiros no estado da Bahia, afirma que “todos os tipos de terceirização precarizam o trabalho”, onde segundo a referida autora, dados do Ministério do Trabalho e Emprego demonstram que “os empregados terceirizados recebem remuneração 27% menor que os empregados formais, a jornada de trabalho é três horas maior e a cada 10 acidentes de trabalho com vítimas fatais 8 acontecem com trabalhadores terceirizados”.

Contudo, Martins (2011b, p. 28) aponta que a Constituição Federal de 1988 elencou, em vários dispositivos a possibilidade de flexibilização de regras trabalhistas, observe-se: art. 7º, VI, que autoriza que os salários poderão ser reduzidos por convenção ou acordo coletivo; o art. 7º, XIII, estabelece que a compensação ou a redução da jornada de trabalho poderão ser reduzidos por acordo ou convenção coletiva. Desta forma, aponta ainda o referido autor, que a “consiste a flexibilização exatamente em menor rigidez da legislação, propiciando adaptações no trabalho, em razão das modificações sociais e econômicas”.

Paralelo a isso, Martins Filho (2011, p. 9) destaca que a “terceirização não é um mal em si mesmo”, mas uma realidade econômica que deve ser compreendido em sua essência, e devidamente corrigido em suas falhas, principalmente quando ofender os “direitos humanos fundamentais”.

22 Projeto de Lei que prevê a regulamentação da terceirização.

23 Disponível em: < http://ww1.anamatra.org.br/001/00101001.asp?ttCD_CHAVE=1223&btOperacao=>. Acesso em: 12 de junho de 2012, 17: 20.

Impende observar que o trabalho, dentro de um Estado Democrático de Direito, “é um dos direitos fundamentais do obreiro, pois por meio dele o homem se afirma como tal” (SILVA; ACORCI, 2010, p. 1135), devendo o ordenamento jurídico como um todo propiciar meios eficazes para que este possa ser tutelado, quando ocorrer violações ou restrições a sua fruição.

Assim, a utilização de terceirização deve ser feita com cautela, com observância dos limites traçados pela jurisprudência e pelos princípios constitucionais que protegem o trabalhador, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana²⁴ e o dos valores sociais do trabalho, insculpidos no art. 1º, III e IV da Constituição Federal.

Por tais razões, Delgado (2010, p. 444) afirma que “adequação jurídica da terceirização ao Direito do Trabalho” realizado ao longo dos anos pela construção hermenêutica jurisprudencial deve ser realizado em obediência à isonomia remuneratória entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa tomadora dos serviços, bem como na responsabilização do tomador de serviços pelas verbas trabalhistas inadimplidas e em respeito à representação e atuação sindical²⁵, tratando-se de medidas jurídico-retificadoras do fenômeno da terceirização a fim de harmonizá-lo com os valores do Direito do Trabalho.

DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA²⁶ E EVENTUAL ASSUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A Constituição Federal estabeleceu regras diferenciadas para a Administração Pública, direta ou indireta, em comparação ao particular, quando esta se utiliza da prestação de serviços por meio da terceirização. Cabe ressaltar que a terceirização no âmbito estatal “ocorre há vários anos, notadamente a partir do início dos anos 70, com ênfase para os serviços de conservação, limpeza e vigilância” (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2010,

24 A dignidade da pessoa humana foi positivado na Constituição Federal de 1988 com *status* de princípio fundamental (art. 1º, III). Para Kant (*apud* BEZERRA LEITE, 2011, p. 44) “o fundamento da dignidade da pessoa humana encontra-se na autonomia da vontade, atributo encontrado apenas nos seres racionais; a pessoa deve ser considerada como um fim, e não como meio[...]”.

25 Neste último caso, atuação sindical, ainda não foi percebida pela jurisprudência de modo claro e explícito como forma de adequação jurídica da terceirização (DELGADO, 2010, p. 444).

26 A terceirização realizada pelas as empresas estatais que exploram atividade econômica é regida pelo direito privado por força do art. 173 da CF.

p. 442), autorizado pelo Decreto-Lei n. 200/70.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal alistou como princípios²⁷ a serem obedecidos pelos entes públicos o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Como já assinalado, estes princípios são aplicados de forma específica ao Estado, tendo em vista seu fim principal que é o interesse público.

O princípio da legalidade estabelece que o Estado só pode fazer aquilo que a lei lhe autoriza, ou seja, condiciona “o administrador público ao que a lei determina, ao contrário do particular, que pode fazer tudo o que a lei não proíbe (MELLO, 2004, p. 91, *apud*, BARROS, 2009, p. 529). Já o princípio da impessoalidade estabelece que a Administração deverá proceder ao tratamento isonômico entre os administrados, a fim de evitar a ocorrência de discriminações, ou favorecimentos pessoais. A moralidade está relacionada com a honestidade, ou seja, probidade na realização das atividades administrativas. O princípio da publicidade determina que todos os atos da Administração são públicos, salvo as exceções legais. Por último o princípio da eficiência estabelece que os entes públicos no exercício de suas atividades devem buscar os melhores resultados com o menor dispêndio possível (BARROS, 2009, p. 529-530).

Impende destacar que no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16²⁸, que adiante será tratada com maior profundidade, o Ministro Ayres Brito (voto vencido na sessão), salientou que a Constituição Federal esgotou, de forma taxativa, as formas de contratação de mão de obra permanente pela Administração Pública, que são três: “concurso público, nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público”. Desta forma, o Ministro destacou que a terceirização é uma forma de recrutamento não prevista pela Carta Magna (fls. 47-48 do acórdão), sendo, portanto, uma prática inconstitucional.

27 Além dos princípios expressos no art. 37, *caput*, da CF/88, Jorge Neto e Cavalcante (2010, p. 444) expõem que “podemos encontrar alguns outros princípios na doutrina ou mesmo na legislação, a saber: supremacia do interesse público, presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade, controle e autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, razoabilidade e proporcionalidade e, por fim, segurança jurídica”.

28 O acórdão da ADC n° 16 está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adc%29%2816%2ENUME%2E+OU+16%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>.

A prestação de serviços pelo Estado de forma indireta poderia gerar, em uma análise superficial, casos de corrupção, haja vista a ausência de concurso público. Entretanto, a Administração Pública para fazer uso da terceirização a fim de reduzir custos, racionalizando a prestação de serviços deverá fazê-lo por meio de concorrência pública, em obediência a Lei de Licitações (Lei 8.666/93), o que evita o desvio de finalidade na utilização dessa ferramenta de contratação de trabalhadores (MARTINS, 2011b, p. 142).

Nessa esteira, analisar-se-á os efeitos jurídicos da terceirização quando realizados pela Administração Pública.

RESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO PODER PÚBLICO

A Administração Pública, para execução direta de seus serviços, está vinculada à regra insculpida no art. 37, II e o § 2º, CF/88, onde estabelece que o ingresso de pessoas no serviço público, cargo ou emprego público, deve ser precedido da aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, sob pena de nulidade.

Em consonância com isso, Jorge Neto e Cavalcante (2010, p. 443), expõem trecho da ADI n. 100, em que a Ministra Ellen Gracie afirma que “a exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia”. Referenciando ainda os mesmos autores, “o ingresso no serviço público sem aprovação em concurso público implica nulidade do ato e punição da autoridade responsável (art. 37, II e §2º), por ato de improbidade administrativa, nas esferas civil, administrativa e penal” (p. 446).

Portanto, a Administração Pública direta ou indireta, quando necessitar contratar servidores deve obedecer a regra constitucional do concurso público, tendo em vista que a Carta Magna estabeleceu “uma garantia em favor de toda a sociedade”, fundada na supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares (DELGADO, 2010, p. 429).

Tratando do problema em escopo, Martins (2011b, p. 147) expõe que:

O princípio da primazia da realidade não pode prevalecer diante da regra de ordem pública contida no inciso II do art. 37 da Constituição. A norma constitucional está acima das regras ordinárias da CLT e dos

princípios do direito do trabalho, que só são aplicados em caso de lacuna da lei (art. 8º da CLT).

Impende observar que, por força do referido dispositivo constitucional, mesmo configurada a terceirização ilícita, não se formara o vínculo empregatício com a Administração Pública. A vedação constitucional foi absolvida pela Súmula 331 do TST ao estabelecer em seu item II que “a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República)”.

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública pode contratar a execução indireta de serviços de conservação, transporte e assemelhados, por autorização expressa na Lei 5.645/ 70, bem como por permissão estabelecida no Decreto-Lei n. 200/67. Cabe ainda mencionar a Lei de Licitações (Lei 8.666/93) que passou a regular o procedimento licitatório para que os entes públicos possam contratar a prestação de serviços ou fornecimento de produtos por particulares.

Portanto, perfeitamente lícita a utilização da terceirização pela Administração Pública direta ou indireta, tendo em vista os diplomas constitucionais e legais autorizadores da referida prática, mas sempre em obediência aos princípios a ela inerentes. Entretanto, quando esta se der de maneira ilícita, acabará gerando efeitos diferenciados em relação à terceirização realizada pelo particular, como se passará a analisar.

CONTRATAÇÃO IRREGULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sendo a Administração Pública submetida a princípios e regras específicas, as irregularidades na utilização da terceirização geram consequências que lhe são próprias. Primeiramente, como já elencado anteriormente, essa contratação irregular não gera vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e o ente estatal tomador dos serviços, por força do art. 37, II, da CF, bem como da Súmula 331, item II, do TST.

Entretanto, Delgado (2010, p. 430) afirma que o problema ainda não foi pacificado pela jurisprudência trabalhista, tendo em vista que o § 2º do art. 37 da CF/88, determina que a não observância dos requisitos no inciso II do referido artigo (investidura no cargo público através de concurso público) implicam a nulidade do ato com a consequente punição da autoridade competente, fazendo surgir à dúvida de quais direitos seriam devidos a esse trabalhador.

Nessa esteira, o referido autor (DELGADO, 2010, p. 430) apresenta a existência de três posições a respeito do tema, observe-se: a primeira corrente, partindo da premissa de que a contratação irregular com os entes estatais não gera vínculo de emprego com o trabalhador, não sendo devida qualquer verba ao obreiro, negando-se inclusive, a comunicação remuneratória, vindo a beneficiar os agentes ensejadores dessa ilicitude.

Filiado a essa corrente, Martins (2011b, p. 148) afirma que trata-se de corrente minoritária na jurisprudência, bem como “a falta de concurso tanto é ilegal para a Administração Pública como para o trabalhador, que deveria saber de sua necessidade, pois não pode ignorar a lei (art. 3º da LICC²⁹)”, haja vista que nenhuma das partes pode se beneficiar da própria torpeza.

A segunda corrente, tentando evitar um resultado maléfico estabelecido pela primeira, mas criando a outra extremidade oposta, estabelecendo que a prática ilícita não poderia beneficiar aquele que já foi por ela “economicamente favorecido”. Para essa corrente seria aplicado as nulidades do Direito do Trabalho, em que se convalidaria o vínculo de emprego com a entidade estatal tomadora dos serviços, assumindo a posição de empregadora, negando vigência ao texto constitucional.

Por último, a terceira corrente perfilha um entendimento intermediário entre as duas anteriores, vindo a ser adotada pela jurisprudência, estabelecendo que não será formado o vínculo empregatício com o ente estatal tomador dos serviços por força do art. 37, II, da CF, bem como a observância obrigatória da isonomia (art. 5, *caput*, e inciso I e o art. 7º, XXXII) “afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita” (DELGADO, 2010, p. 430). Assim, para essa corrente seriam devidas ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao

29

Com a alteração introduzida pela Lei n. 12.376/2010 a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), passou a ser denominada de Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDD).

empregado do ente tomador dos serviços que exercesse as mesmas funções.

Por tais razões, deve-se destacar que, quando ocorrer a terceirização lícita na Administração Pública:

O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV³⁰, do TST. Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado na Carta de 88 (DELGADO, 2010, p. 432).

Em consonância com isso, Martins (2011b, p. 147) afirma que, quando ocorrer a execução indireta de serviços à Administração Pública, seriam devidos ao trabalhador terceirizado os salários e todas as verbas rescisórias, haja vista a aplicação do art. 182 do Código Civil, expondo ainda que:

Anulado o negócio jurídico e não podendo as partes retornar ao status quo ante, em face da impossibilidade da devolução da energia despendida pelo trabalhador, a Administração deveria indenizar o obreiro no equivalente ao valor das verbas rescisórias que lhe seriam devidas caso fosse considerado empregado.

É sobretudo importante assinalar que a jurisprudência trabalhista quando se trata de contratação irregular por entes públicos, faz distinção entre duas situações diferentes que geram efeitos distintos, observe-se: o primeiro deles, já esboçado em linha anteriores e objeto de estudo do presente trabalho, se refere a contratação de trabalhadores por meio da terceirização, lícita ou ilícita, em que se submetem as regras traçadas pela Súmula 331, do TST.

A outra hipótese prevista pela jurisprudência trabalhista se refere à contratação direta de empregados, sem a observância da formalidade do concurso público, para prestarem serviços ao Estado. Quando ocorrer essa contratação direta, o TST tem entendido pela aplicação da Súmula 363 que estabelece que:

30 Após a Resolução TST, 174 de 2011, foi dada nova redação ao item IV da Súmula 331 do TST, bem como foram acrescentados os itens V e VI, sendo a matéria em referência a ser tratada de forma específica no item V.

A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice em seu art. 37, II, e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitando o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Nesse diapasão, Tourinho (2011, p. 38) afirma que a justiça trabalhista afasta a existência de qualquer incompatibilidade entre os verbetes citados, tendo em vista que atua com prudência “tendo em foco a pessoa do empregado”, concluindo ainda que:

Quando a Administração efetiva a contratação de pessoal sem observância à regra do concurso público, o empregado contratado não poderá arguir boa fé, uma vez que não cabe alegação de desconhecimento da norma constitucional. No entanto, aquele regularmente contratado por empresa privada que passa a laborar em ente público, em razão de contrato administrativo firmado entre a Administração Pública e o seu empregador, estará protegido pelo princípio da boa-fé, que lhe, que lhe garante a proteção da justiça do Trabalho quanto ao recebimento de todos os encargos trabalhistas aos quais faz jus. Portanto, a responsabilização subsidiária da Administração Pública torna-se a via mais fácil para garantir a efetivação dos direitos dos empregados aviltados por seus empregados.

Portanto, verifica-se que são situações distintas que geram efeitos distintos, tendo em vista as peculiaridades de cada caso ensejando a aplicação de verbetes específicos para a contratação de trabalhadores realizada pela Administração Pública seja de forma direta ou através da terceirização.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO NAS TERCEIRIZAÇÕES

O termo responsabilidade, segundo Carvalho Filho (2010, p. 591), provém do “vocábulo latino *respondere* que significa responder, replicar”. Desta forma, o referido autor afirma que quando o ordenamento jurídico trata da responsabilidade, imputa a alguém o dever de responder “perante a ordem jurídica em virtude da algum fato precedente”.

Compartilhando desse entendimento, Barros (2011, p. 359) afirma que “toda atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade

de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, que é o fato gerador da responsabilidade civil”, destacando ainda que a essa responsabilidade “estende-se a outros ramos do Direito, como decorrência da unidade jurídica dos institutos basilares”, portanto, plenamente aplicável ao ramo justabalhista.

O Código Civil estabeleceu que a responsabilidade pode ser contratual (prevista nos arts. 389 e seguintes e 395 e seguintes), quando o prejuízo causado a outrem for derivado do descumprimento de uma obrigação estipulada em contrato, bem como pode ser extracontratual (ou aquiliana, prevista nos art. 186 a 188 e 927 e 954), em que o dever de indenizar nasce quando o agente infringe um dever legal.

Nessa esteira Gonçalves (2010, p. 45) afirma que “a responsabilidade contratual abrange também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação”, ou seja, violado qualquer cláusula contratual, gera o dever de indenizar por parte do agente causador do dano.

Impende observar que esse dever de indenizar, em regra nasce da prática de atos ilícitos, entretanto, em situações especiais a ordem jurídica imputa esse dever inclusive pela prática de atos lícitos (CARVALHO FILHO, 2010, p. 591).

O Código Civil no artigo 927 e seguintes estabelecem a figura da responsabilidade civil, que pode ser, em regra, subjetiva, que se funda na existência de culpa, ou, de forma excepcional, objetiva, fundada no risco da atividade (independentemente da prova de culpa).

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187)³¹, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

31 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A respeito desse assunto, Pereira (p. 507, *apud*, GONÇALVES, 2010, p. 51), salienta que:

A regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção.

Essa ideia é complementada por Barros (2011, p. 359-360) ao afirmar que o:

risco traduz uma objetivação da responsabilidade, garantida com o fim de assegurar uma proteção jurídica à pessoa humana, “em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidente do trabalho. [...] Baseia-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas consequências”.

Convém notar, outrossim, que a Responsabilidade Civil Objetiva do Poder Público é tratada no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, que estabelece a responsabilização independentemente da prova de culpa, assegurado o direito de regresso contra o responsável desde que tenha agido com dolo ou culpa.

No entendimento de Carvalho Filho (2010, p. 599) a responsabilidade objetiva do Estado estampado no § 6ª da Carta Magna tem como fundamento a “teoria do risco administrativo”³², bastando, para a imputação do dever de indenizar, que o administrado apenas comprove a existência de dano e o nexo entre o fato administrativo e o prejuízo que sofreu.

Os entes estatais podem ser responsabilizados quando causaram danos a terceiros operando por ação ou omissão. Assim, a “responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa”, ou seja, o dever de indenizar somente vai surgir se a Administração Pública se “omitir diante de um dever legal de impedir a ocorrência do dano” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 613).

Nessa esteira, Gonçalves (2010, p. 54), ao tratar da ocorrência da culpa, argumenta que:

32

Em sentido contrário, Cahali (1996, p.38/39), afirma que a foi adotada a teoria do risco integral.

a culpa pode ser, ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização; *in committendo*: decorre de uma ação, de um ato positivo; *in ommittendo*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto.

Nessa esteira, a evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado também teve reflexos quando da ocorrência da terceirização e o inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços, em outras palavras, a:

reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. [...]. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão de obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador.

Impende destacar que quando ocorrer a terceirização ilícita, a responsabilidade do ente público tomador dos serviços será solidária. A Súmula 331 do TST é omissa quanto a esse tema, entretanto, utilizando-se de uma interpretação sistemática, aplicam-se, às terceirizações ilícitas, os artigos 927 e 942 do Código Civil, utilizados de forma subsidiária, tendo em vista a permissão legal constante no art. 8º, parágrafo único, da CLT (MIRAGLIA; ROCHA, 2011, p. 43).

Convém notar, outrossim, que quando ocorrer a terceirização lícita no âmbito da Administração pública o tratamento normativo será outro, onde se passará a um análise da construção hermenêutica jurisprudencial até a decisão da Ação Declaratória n. 16 pelo Supremo Tribunal Federal.

Os primeiros diplomas legais autorizadores da terceirização no âmbito estatal, o Decreto-lei n. 200 e a Lei n. 5.645/70, não tratavam da responsabilidade dos entes públicos diante do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços. Entretanto a Lei 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário, em seu art. 16³³) prevê a responsabilidade

33

Art. 16. No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente

solidária do tomador dos serviços, quando ocorresse a falência da empresa de trabalho temporária.

Quanto ao tratamento jurisprudencial, a Súmula 256, do TST, editada em 30/09/1986 (portanto anterior a Constituição Federal de 1988), também foi omissa quanto a essa matéria. Assim, com a promulgação da nova Constituição Federal, em 05 de outubro de 1998, com vedação à contratação de trabalhadores sem concurso público, fez com que o referido verbete fosse revisado, o que derivou na edição da Súmula 331 do TST, em 21/12/1993, que regulou a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas apenas no âmbito privado, permanecendo omissa quanto às terceirizações lícitas realizadas pelo Estado (MIRAGLIA; ROCHA, 2011, p. 45).

Nessa esteira, a Súmula 331 foi mais uma vez alterada³⁴ em 18/09/2000 (que alterou o item IV), determinando a “responsabilidade subsidiária objetiva” dos entes públicos quando da ocorrência do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços, desde que tenha participado da relação processual. Esse novo entendimento contraria a proibição contida no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (MARTINS FILHO, 2011, p. 10), ao determinar que:

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

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

Mister se faz ressaltar que, segundo Barros (2011, p. 426), é comum aos entes estatais alegarem a regra contida no referido artigo da Lei de Licitações

é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta lei.

34 “Tal modificação teve como precedente o incidente de uniformização de n. 297.751/1996/RR, que teve como fundamento principal a responsabilidade objetiva da administração pública prevista no § 6º do art. 37, da CF. Além disso, o TST entendeu que o ente público adotou uma conduta omissiva ou irregular, não fiscalizando devidamente a empresa contratada em relação ao cumprimento das suas obrigações trabalhistas, configurando a culpa *in vigilando* do ente público” (MIRAGLIA; ROCHA, 2011, P. 45).

a fim de afastar a sua responsabilidade subsidiária pelo não pagamento das verbas trabalhistas por parte da empresa terceirizada. Tratando ainda sobre o referido tema, a autora considera que:

Esse dispositivo ao resguardar os interesses do poder público, isentando-o do pagamento dos direitos sociais aos que venham a lhe prestar serviços, subverte a teoria da responsabilidade civil e atenta contra a Constituição vigente. Ora, admitir a isenção contida nessa norma implica conceder à Administração Pública, que se beneficiou da atividade dos empregados, um privilégio injustificável em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados pela própria Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, IV).

Paralelo a isso, conveniente a exposição do ministro Gilmar Mendes no que diz respeito à responsabilização do Poder Público ao afirmar que:

Algumas práticas interpretativas no Direito conduzem a equívocos notáveis, nos quais uma visão parcial do problema compromete a correta aplicação das Leis e da Constituição. Entretanto, os equívocos passam a não mais ser aceitáveis quando assumem uma feição de patologia institucional. É o que vem ocorrendo, desde há alguns anos, no tocante à interpretação das regras jurídicas referentes à responsabilidade civil do Estado (MENDES, 2000).

No que diz respeito à possibilidade ou não de responsabilização do Poder Público pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços, Pamplona Filho (2002, p. 7) considera que:

A questão é das mais relevantes, principalmente na nova transparência que se impõe à condução da *res pública*, em que a moralidade foi alcançada a princípio constitucional regente, em um típico sinal de “bandeira de luta” (haja vista que ninguém – em sã consciência – ousaria afirmar que, se ali não estivesse prevista como princípio, poder-se-ia defender a “imoralidade” no trato dos interesses públicos como conduta lícita).

Desta forma, Delgado (2011, p. 455) afirma que se não for acolhida a imputação da responsabilidade objetiva da Administração Pública nas hipóteses de terceirização de trabalho, sendo indiscutível a aplicação da responsabilidade subjetiva dos entes públicos que se utilizam da execução

indireta de serviços, quando verificada “sua inadimplência quanto à obrigação fiscalizatória relativa ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços”. Essa responsabilidade subjetiva decorre da culpa *in eligendo* (má escolha do contratante) e/ou *in vigilando* (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos).

Entretanto, é sobretudo importante assinalar que o entendimento pela imputação da responsabilidade subsidiária objetiva ao Estado, apesar de razoável, segundo Tourinho (2011, p. 29) apresenta-se insustentável por dois motivos:

primeiro, porque se arguindo a responsabilidade objetiva da Administração Pública esta seria principal e não subsidiária. Ademais, poderia a Administração Pública defender-se alegando a culpa exclusiva de terceiro, ou seja, o empregador, a quem caberia cumprir as obrigações trabalhistas perante o obreiro, inexistindo, assim, nexos causal entre a conduta imputada à Administração e os danos reclamados na ação trabalhista.

Impende observar que a referida Súmula sofreu recente alteração em 27/05/2011 (acrescentando os itens V e VI), para adequar o posicionamento do TST ao entendimento esposado pelo STF (em caráter *erga omnes* e vinculante) na decisão da ADC n. 16-DF, no qual foi julgado constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, no sentido de somente se admitir a “responsabilidade subsidiária subjetiva” do Estado nos casos de inadimplência da empresa terceirizada quando comprovada a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do ente público tomador dos serviços (MARTINS FILHO, 2011, p. 10).

Convém observar que Bezerra Leite e Guasti (2011, p. 394), destacam que é obrigação dos entes públicos, quando utilizarem do fenômeno da terceirização, fiscalizar o efetivo cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços, sob pena de lhe ser imputado à responsabilidade subjetiva decorrente da culpa *in vigilando*. Argumentam ainda que:

Como destinatária dos serviços realizados pelos trabalhadores, a Administração, como beneficiária da mão de obra, deve agir de modo a tornar efetivos os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho daqueles que a auxiliam na realização dos seus fins institucionais.

A esse respeito, Jorge Neto e Cavalcante (2010, p. 456-457) destacam que é um dever do ente público tomador dos serviços terceirizados fiscalizar o fiel cumprimento dos encargos trabalhistas por parte da empresa prestadora, afirmam ainda que o tomador “[...] deve solicitar, mensalmente, a comprovação quanto aos recolhimentos previdenciários, fiscais e trabalhistas. Essa denotação decorre de que o crédito trabalhista é ‘superprivilegiado’ (art. 186, CTN; e art. 449, CLT)”.

Convém observar que Tourinho (2011, p. 33) afirma que os contratos administrativos firmados para a prestação de serviços aos entes públicos deve prever a existência de cláusulas que estabeleçam regras a fim de garantir o adimplemento das obrigações assumidas pelo contratado, assim como regras que autorizem a fiscalização da execução do pactuado, principalmente no que tange a efetiva satisfação dos créditos trabalhistas, de modo que seja respeitado o “princípio da função social do contrato”³⁵.

Corroborando com os argumentos já apresentados, Miraglia e Rocha (2011, p. 45-46), ao tratar da responsabilidade do ente tomador dos serviços nas terceirizações, afirmam que:

O ato estatal praticado pelo Estado é a contratação de empresa interposta, e o dano é a inadimplência das verbas trabalhistas pela mesma. A vítima é o trabalhador que, após laborado em benefício do Estado, vê seus direitos trabalhistas desrespeitados pela empresa prestadora de serviço. Surgiria daí a responsabilidade subsidiária do ente público, já que seu ato administrativo (o contrato de terceirização) implicou em prejuízo a terceiro (o trabalhador).

Portanto, acertada o conteúdo do item VI da Súmula 331 do TST, ao afirmar que “a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”. De onde se conclui que mesmo não ocorrendo a má-fé, por ter o tomador agido com negligência na escolha da empresa prestadora dos serviços bem como quanto ao efetivo cumprimento das obrigações trabalhistas,

35 Impende observar que “o que o imperativo da ‘função social’ do contrato estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento de atividades abusivas, causando danos à parte contrária ou a terceiros. [...] Viola-se este princípio quando os efeitos externos do pacto prejudicam injustamente os interesses da sociedade ou terceiros não ligados diretamente ao contrato firmado” (REALE, 2001, *apud*, TOURINHO, 2011, p. 33).

deverá ser-lhe imputada a responsabilidade subsidiária subjetiva ao ente estatal tomador dos serviços (como se verá na análise da decisão da ADC n. 16 pelo STF).

JULGAMENTO DA ADC Nº 16 PELO STF

Diante da realidade fática de exploração indevida do trabalhado humano, o TST, ao revisar a Súmula 331 (em setembro de 2000), dando nova redação ao item IV, reconhecendo a responsabilidade objetiva do estado na ocorrência de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora dos serviços, o que contrariou a literalidade do art. 71, § 1º da Lei de Licitações, que veda a referida responsabilização dos entes públicos terceirizantes (MARTINS FILHO, 2011, p. 12).

Diante da existência desta discordância jurisprudencial e até doutrinária, em 07 de março de 2007, o governador do Distrito Federal ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade com pedido de antecipação de tutela, requerendo a declaração de constitucionalidade (de forma absoluta) do § 1º do art. 71, da Lei 8.666/93 e conseqüentemente, pleiteando o afastamento da imputação de responsabilidade à Administração Pública dos direitos trabalhistas dos obreiros terceirizados.

O autor da referida ação argumentou que a lei federal em análise vem tendo sua aplicação mitigada, ao afirmar que:

Tem sofrido ampla retaliação por parte de órgão do Poder Judiciário, em especial o TST, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no art. 71, § 1º, da Lei Federal 8.666/1993. Nesse sentido, o TST, fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço terceiro especializado (fls. 03)³⁶.

Argumentou ainda em sua exordial que a manutenção do entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho violaria os princípios “da

36 A petição inicial da Ação Declaratória de Constitucionalidade está disponível no endereço eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=16&classe=ADC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 06/05/2012.

legalidade, da liberdade, o princípio da ampla acessibilidade nas licitações públicas e o princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo (arts. 5º, II e 37, *caput*, inciso XXI, e § 6º, da Constituição Federal)” (fls. 11).

Desta forma, em sessão realizada em 24 de novembro de 2010, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido estampado nos autos da ADC, declarando a constitucionalidade do § 1º do art. 71, da Lei de Licitações. A ementa do julgado assim dispõe:

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

A decisão foi por maioria de votos, após duas retratações do ministro relator, Cesar Peluso, sendo vencido o ministro Ayres Brito que concluía pela inconstitucionalidade do diploma legal em referência, apenas no “que tange a terceirização de mão de obra com exclusividade”, argumentando ainda que se trata de uma “modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição” (fls. 48 e 54 do acórdão), ou seja, a terceirização seria uma forma de contratação realizada pelos entes públicos sem qualquer respaldo constitucional.

Impende observar que os Ministros do Supremo concluíram que o TST, ao editar a Súmula 331, consequentemente acarretou a revogação do conteúdo previsto no referido artigo da Lei de Licitações, uma vez que “tal verbete sumular afastou um preceito legal para ampliar a solidariedade prevista no § 2º do art. 2º da CLT” (BEZERRA LEITE; GUASTI, 2011, p. 395). Conforme destacado pelo Ministro Marco Aurélio (fls. 11 do acórdão) trata-se “de uma declaração branca de constitucionalidade”, ou seja, foi feita de forma implícita, não expressa, o que, segundo os Ministros, viola a norma constitucional da

reserva do plenário, insculpida no art. 97, da CF, e a Súmula Vinculante n. 10. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Súmula Vinculante n. 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Complementando essa ideia, Pimenta (2011) salienta que ao passo que a referida norma federal nunca foi declarada inconstitucional pelos tribunais trabalhistas, seja pelo pleno ou por seu órgão especial, através do procedimento de incidente de constitucionalidade previsto nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, as decisões proferidas pela justiça laboral que não afastasse a imputação de responsabilidade aos entes públicos tomadores dos serviços terceirizados estariam violando o art. 97 da Constituição Federal bem como afronta direta à Súmula Vinculante n. 10 da Corte Suprema.

Desta forma, a não responsabilização da Administração Pública que se utiliza de mão de obra terceirizada pela aplicação literal da Lei de Licitações acarretaria consequências drásticas ao obreiro, tendo em vista uma eventual insuficiência patrimonial de seu empregador em satisfazer seus direitos trabalhistas (PIMENTA, 2011). Entretanto, referenciando ainda o mesmo autor, os fundamentos que determinaram aquela decisão não acarretaram “consequências tão drásticas para os milhões de trabalhadores terceirizados interessados”.

Convém observar que a Ministra Cármem Lúcia afirma que a Administração Pública deve atuar sempre em obediência ao princípio da responsabilidade, expondo que:

Não se há cogitar de Estado Democrático de Direito sem que compareça no sistema jurídico – em sua formalização e em sua aplicação – o princípio da responsabilidade estatal. Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado, vez que pela sua aplicação se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade [...] (fls. 34).

Informa ainda a Ministra que os entes públicos, em obediência ao princípio da legalidade, não podem aquiescer com o não cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada. Pondera que, se o Estado, tomador dos serviços, se tornar inadimplente em sua obrigação de fiscalizar o fiel cumprimento do contrato, não gera a sua automática responsabilização de forma subsidiária (fls. 36 do acórdão da ADC n. 16).

A esse respeito, convém observar que Jorge Neto e Cavalcante (2011, p. 21) consideram que “a decretação da constitucionalidade do art. 71 pelo STF não implica a afirmação inexorável de que administração Pública está imune à responsabilidade subsidiária diante do não pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora”, ou seja, a responsabilidade será perquirida através da análise minuciosa dos elementos constantes nos autos que comprovem a culpa do ente público.

Em consonância com isso, o Ministro Cesar Peluso salienta que a norma federal impugnada é constitucional, na medida em que o mero inadimplemento da empresa prestadora dos serviços não transfere a automática responsabilidade ao poder público contratante. Entretanto, a omissão estatal em fiscalizar o efetivo cumprimento do pactuado é que autoriza a justiça laboral a imputar, com base nos elementos juntados aos autos, a sua responsabilização.

A respeito desse assunto, Schmidt (1997, p. 51, *apud*, JORGE NETO; CAVALCANTE, 2011, p. 19) destaca que “a responsabilidade da Administração Pública é de natureza contratual subsidiária, derivada do contrato de prestação de serviços. Diversamente, o § 6º do art. 37 da Carta Magna cuida do caso de responsabilidade extracontratual do ente público ou do prestador de serviço público”. Desta forma devem ser afastadas as teses de que o Estado responde de forma objetiva, ou até mesmo da inexistência de sua responsabilização (o que seria mais grave ainda).

Em relação ao exposto, Delgado (2010, p. 446) destaca que na decisão da ADC nº. 16/DF, o STF:

considerou incabível fixar-se a automática responsabilidade das entidades estatais em face do simples inadimplemento trabalhista da empresa prestadora de serviços terceirizados. Nesse contexto, torna-se necessária a presença da culpa *in vigilando* da entidade estatal, ou seja, sua inadimplência fiscalizatória quanto ao preciso cumprimento

das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, derivada de culpa).

Em consonância com isso, Pimenta (2011) salienta que a decisão do Supremo não reconheceu, como almejavam as dezenas de entes públicos interessados, de forma absoluta a ausência de responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora dos serviços, ou seja, “apenas ali se condicionou essa condenação à apuração, à luz das provas e das circunstâncias de cada caso concreto, da culpa do ente público demandado”.

Paralelo a isso, é sobretudo importante destacar que:

O arcabouço jurídico que rege a fiscalização contratual impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar o cumprimento de direitos trabalhistas pelas empresas contratadas, desde a seleção da empresa no procedimento de licitação, passando pela previsão das responsabilidades trabalhistas da empresa na formalização do contrato e pela vigilância diária do cumprimento daqueles direitos no curso da execução contratual [...] (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011, p. 29)³⁷.

Desta forma, deve-se utilizar de uma interpretação sistemática com outras normas constitucionais ou legais, que autorizam a imputação de responsabilidade (subsidiária) à entidade pública tomadora dos serviços, a fim de respeitar os imperativos de legalidade e moralidade públicas (PIMENTA, 2011).

Cabe observar, que o referido autor aponta que a própria Lei de Licitações estabelece regras que determinam que a Administração Pública tomadora dos serviços deva fiscalizar a execução e o adimplemento das obrigações trabalhistas a cargo da empresa terceirizada, a saber: arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 66 (estabelece as obrigações a que se vincula o contratado), bem como os arts. 58, inciso III e 67, *caput*, e § 1º (determinam que a Administração Pública tem o poder-dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado).

37 Os referidos autores destacam os limites da fiscalização por parte da Administração Pública prevista na IN 02/08 do MPOG, art. 31 e no anexo IV, estabelecendo, de forma sucinta, que deve ser realizado: “a) fiscalização inicial, no momento em que a terceirização é realizada; b) fiscalização mensal, a ser feito antes do pagamento da fatura; c) fiscalização diária, conferência dos empregados que efetivamente estão prestando o serviço; d) fiscalização especial, que compreende a análise da data-base da categoria prevista na Convenção Coletiva Trabalho”.

Vale a pena ressaltar que Bezerra Leite e Guasti (2011, p. 397) afirmam que “revela-se ilegal e imoral que a Administração Pública seja beneficiária final dos serviços prestados pelos empregados da empresa terceirizada sem se preocupar com a efetividade dos seus direitos humanos fundamentais”.

Por conseguinte, Tourinho (2011, p. 40) conclui que a norma jurídica não pode menosprezar as suas “repercussões sociais”, a atmosfera social em que está envolvida, ou seja, quando o emprego da regra distanciar-se do ideal de justiça, deverá ser criados mecanismos a fim de tal distanciamento. Isso se deve ao fato de que a legalidade vai além da simples aplicação da letra fria da lei, devendo-se considerá-la de forma mais ampla, a fim de conceber efetividade aos princípios consagrados na Constituição Federal.

Além do mais, cabe destacar que o Poder Público não pode se omitir quanto à existência de sua responsabilidade diante do inadimplemento das obrigações da empresa contratada, tendo em vista que as verbas trabalhistas possuem caráter estritamente alimentar, tendo sido elevado à categoria de direito fundamental, constitucionalmente estampado no art. 7º da Carta Magna, devendo ter uma proteção jurisdicional diferenciada, a fim de garantir a efetividade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, com vistas à proteção do trabalhador.

Portanto, a imputação da responsabilidade subsidiária de forma subjetiva aos entes públicos tomadores de serviços terceirizados encontra respaldo legal e principalmente constitucional, bem como respaldo moral, atuando como meio de conferir efetividade à preservação dos direitos fundamentais do trabalhador terceirizado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que as empresas, inseridas em um mercado cada vez mais competitivo, buscam formas de aumentar sua competitividade com de redução de custos, sendo a terceirização um exemplo dessas novas técnicas. As empresas tomadoras dos serviços direcionam seus esforços para exclusivamente para atingir sua atividade fim, deixando às empresas especializadas a tarefa de executar os serviços acessórios, secundários.

A sua utilização deve ser feita com cuidados especiais, tendo em vista ser o trabalhador terceirizado a parte mais frágil dessa relação jurídica trilateral. Os cuidados devem ainda ser redobrados quando o tomador dos serviços é um ente público, pois este está constitucionalmente vinculado a princípios próprios, entre eles o da legalidade e da moralidade.

Isto porque, o Estado, utilizando-se da execução indireta de serviço por meio da terceirização, não pode se furtar da obrigação de proteger o trabalhador, haja vista que a utilização da simples intermediação de mão de obra, mascarada por um contrato de terceirização, submete o homem a exploração pelo próprio homem, e conseqüentemente precarizando as condições de trabalho.

Assim, diante da inexistência de normas específicas que tratam dos efeitos jurídicos que a utilização terceirização causa, coube à jurisprudência trabalhista construir aos poucos os limites e responsabilidades das partes contratantes, a fim de salvaguardar os direitos do trabalhador.

Portanto, essa intermediação de mão de obra não pode ser utilizada com fins de fraudar a aplicação das normas trabalhistas, devendo-se utilizar da isonomia entre os trabalhadores terceirizados e os da empresa tomadora, com a devida comunicação remuneratória entre eles, bem como a assunção de responsabilidade pelo tomador, quando do inadimplemento da empresa prestadora, com o objetivo de dar maior proteção ao trabalhador.

Perfeitamente plausível e correta a imputação de responsabilidade solidária à empresa tomadora dos serviços quando a terceirização realizada é praticada de forma ilícita, mesmo que realizada com ente público. Impende destacar que a grande cizânia se dava quando a Administração Pública utilizava-se da terceirização de forma lícita.

A Suprema Corte, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, pacificou essa divergência, considerando constitucional o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações (que prevê a ausência da responsabilidade do ente estatal terceirizante) afastou a imputação automática e direta da responsabilidade subsidiária objetiva da Administração Pública tomadora dos serviços. Entretanto, os Ministros destacaram que a Justiça do Trabalho, na análise dos fatos e provas juntados aos autos, pode imputar a Administração Pública a responsabilidade subsidiária de forma subjetiva, tendo em vista a existência

de culpa na fiscalização da fiel execução do contrato por parte da empresa prestadora dos serviços, conferindo-se, assim, meios a dar real efetividade na proteção dos direitos fundamentais do trabalhador terceirizado, como se é de esperar de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Diretor da Anamtra debate terceirização em audiência pública na Bahia**. Disponível em: < http://ww1.anamatra.org.br/001/00101001.asp?ttCD_CHAVE=1223&btOperacao=>. Acesso em: 12 de junho de 2012, 17: 20.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. _____. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2012, 12:40.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2012, 20:20.

_____. Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9608.htm>. Acesso em 13 de maio de 2012, 20:20.

_____. Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Altera o art. 6º da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112551.htm>. Acesso em 13 de maio de 2012, 20:25.

_____. Decreto nº 62.756, de 22 de maio de 1968. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1968-05-22;62756>>. Acesso em 13 de maio de 2012, 20:30.

_____. Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1964 (Trabalho Temporário). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em 13 de maio de 2012, 20:35.

_____. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm>. Acesso em 13 de maio de 2012, 20:40.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 13 de maio de 2012, 20:45.

_____. Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm>. Acesso em 13 de maio de 2012, 20:50.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/b110756561cd26fd03256ff500612662/d92d4725e801077403256a030047da45?OpenDocument>>. Acesso em: 21 de abril de 2012, 12:30.

_____. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1979. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2012, 14:10.

_____. Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994 (altera a Lei 7.102/83). Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1994/8863.htm>>. Acesso em: 15 de maio de 2012, 15:40.

_____. Lei nº 8.863, de 09 de dezembro de 1994 (acrescenta parágrafo ao art. 442 da CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8949.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2012, 15:50.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.330/2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dela decorrentes. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idP roposicao=267841>>. Acesso em: 12 de junho de 2012, 17:00.

_____. Tribunal Superior Do Trabalho. Súmula nº. 256. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/web/guest/sumulas>> Acesso em: 15 de maio de 2012, 15:00.

_____. Tribunal Superior Do Trabalho. Súmula nº. 331. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/web/guest/sumulas>> Acesso em: 15 de maio de 2012, 15:05.

_____. Tribunal Superior Do Trabalho. Súmula nº. 363. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/web/guest/sumulas>> Acesso em: 15 de maio de 2012, 15:10.

_____. Tribunal Superior Do Trabalho. Orientação Jurisprudencial SDI 1 nº. 383. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/web/guest/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.gov.br%2Fweb%2Fguest%2Ffojs%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1N7k%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2> Acesso em: 15 de maio de 2012, 15:15.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Ímpetus, 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LT, 2010.

_____. _____. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*: Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. A Terceirização na Administração Pública e a Constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista Bonijuris*, Curitiba, ano XXIII, n. 571, v. 23, n. 6, junho de 2011, p. 14/21.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: responsabilidade civil. 5. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; GUAISTI, Paula Corrêa. A (ir)responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações diante da ADC 16 e da nova redação da Súmula 331 do TST. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 917, março de 2012, p. 387-405.

_____. *Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho – Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. *Revista Magister de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Magister, v. 8, n. 44, set/out 2011, p. 5-23.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”?*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/perplex.htm>. Acesso em 11/12/2011. Não paginado.

MIRAGLIA, Lúvia Mendes Moreira; ROCHA, Ana Marques. As Novas Perspectivas da Terceirização Trabalhista no Brasil: Análise dos Mecanismos Jurídico-Retificadores sob a Ótica da Jurisprudência do TST. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: Síntese, v. 23, n. 266, agosto de 2011, p.35-48.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e a Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, nº. 11, fev. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-RODOLFO-PAMPLONA-FILHO.pdf>. Acesso em 11 de dez. de 2011.

PIMENTA, José Roberto Freire. A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16 e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Trabalhista*, São Paulo: LTr, n. 07 de julho de 2011. Não paginado.

ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. Terceirização: tendência em doutrina e jurisprudência. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/>>

anexos/22549-22551-1-PB.htm>. Acesso em 24 de abril de 2012, 15h00min.

SILVA, Cristiano Amorim Tavares da. A disciplina jurídica da terceirização trabalhista. Sua aplicação no setor público e a distinção entre terceirização lícita e ilícita. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 13, n. 1647, 4 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10821>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

SILVA, Elizabet Leal da; ACORCI, Jenyffer Martins dos Santos. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito da terceirização trabalhista. *Revista Zênite ILC Informativo de Licitações e Contratos*. Curitiba: Zênite, v. 17, n. 201, ano XVII, novembro de 2010, p. 1132-1143.

TOURINHO, Rita. A Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar/abr 2011, p. 31-41.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, Porto Alegre: Magister, v. 7, n. 40, jan/fev 2011, p. 5-35.