



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU**  
**DIREITO PÚBLICO**

**GABRIELE DOURADO BISPO**

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA**  
**ATIVIDADE TERCEIRIZADA**

Salvador  
2017

**GABRIELE DOURADO BISPO**

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA  
ATIVIDADE TERCEIRIZADA**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito  
e Gestão como requisito parcial para a obtenção de  
grau de Especialista em Direito Público.

Salvador  
2017

**GABRIELE DOURADO BISPO**

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA  
ATIVIDADE TERCEIRIZADA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito do Estado, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2017

Aos meus pais, Paulo e Evanilza, pelo apoio incondicional em todas minhas escolhas.

Ao meu irmão Eric e aos meus sobrinhos Gabriel e João Paulo pelo carinho e amor de sempre.

Aos meus amigos, pela torcida e compreensão.

Ao professor Gabriel Marques, pelo carinho, atenção, orientação e paciência.

Sem vocês, esse estudo não seria possível.

Serei sempre grata.

"Luta. Teu dever é lutar pelo Direito.  
Mas no dia em que encontrares o  
Direito em conflito com a Justiça, luta  
pela Justiça"

Eduardo Juan Couture

## RESUMO

O Brasil, em um contexto de crise fiscal, financeira e política, passa por mudanças econômicas, sociais e institucionais. Há uma exigência para a reconstrução gradual do Estado com a intenção de superar a crise. Sendo assim, com influência da ideia Neoliberal, possui uma cobrança para uma reforma do Estado, uma reivindicação para atuação de um Estado mínimo, e há, portanto, a descentralização dos serviços ou atividades, que são transferidos para o setor privado. Nessas circunstâncias, a terceirização é empregada pelo setor público como um dos mecanismos que permite que o poder público se concentre nas atividades ou serviços essenciais, baseados na eficácia e da eficiência. Desse modo, os serviços não considerados essenciais são terceirizados. Contudo, a terceirização vem se expandindo sem uma política pública que garanta eficiência para os serviços públicos e para os trabalhadores. De forma oposta do que se prega, a forma indiscriminada que ocorre, sem um amparo legal para os trabalhadores, propicia a perda de seus direitos, precariedade no ambiente de trabalho, fragilidade e fragmentação sindical e a discriminação e segregação pública e privada. Assim, a presente monografia, está ampara em pesquisa bibliográfica, com objetivo de analisar a responsabilidade do Estado na atividade terceirizada, para que não deixe de garantir os direitos trabalhistas para os trabalhadores terceirizados. Pois, com a terceirização irrestrita, ao invés de garantir os direitos fundamentais do trabalho, protegidos pela Constituição, causam prejuízo para uma grande camada da sociedade. Essa realidade fática revela-se uma afronta aos princípios que regem as normas trabalhistas e constitucionais no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo quando se analisa a condição de hipossuficiência do trabalhador perante o empresariado ou o poder público. Dentro dessa perspectiva, a terceirização vem ocupando cada vez mais espaço no setor público e privado, sem uma preocupação do Estado na elaboração de uma legislação protetiva para os trabalhadores nesse novo modelo de trabalho. Desse modo, deve-se observar a aplicabilidade dos princípios constitucionais e justralhistas, em especiais os princípios da proteção e o da dignidade da pessoa humana, como norteadores das normas que venham regulamentar a matéria.

**Palavras chaves:** Terceirização; Administração Pública; Responsabilidade; Precarização

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI Ação Direta de Constitucionalidade

ARE Agravo em Recurso Extraordinário

art. artigo

Cenibra Celulose Nipo Brasileira S/A

CF/88 Constituição Federal da República

CIESP Centro das Indústrias do Estado de São Paulo

CLT Consolidação das Leis do Trabalho

CNPL Confederação Nacional das Profissões Liberais

CNTQ Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química

Conacovest Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados

DIEESE Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos

FIERGS Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul

FIESC Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina

FIESP Federação das Indústrias do Estado de São Paulo

OIT Organização Internacional do Trabalho

PCdoB Partido Comunista do Brasil

PT Partido dos Trabalhadores

STF Supremo Tribunal Federal

TCU Tribunal de Contas da União

TST Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2. TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL</b> .....	<b>11</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	11
2.2 EVOLUÇÃO CULTURAL E JURISPRUDENCIAL .....	17
2.3 SITUAÇÃO ATUAL: BREVE ANÁLISE DA LEI Nº 13.429/2017.....	23
<b>3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>37</b>
3.1 CONTEXTUALIZANDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	37
3.2 (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	40
3.3 JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO .....	48
<b>4. RESPONSABILIDADE DAS ESTATAIS TERCEIRIZANTES</b> .....	<b>54</b>
4.1 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N.16/STF .....	54
4.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO X DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	58
4.3 PRECARIZAÇÃO DOS SERVIÇOS E IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	63
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>71</b>

## INTRODUÇÃO

A terceirização costuma ser apresentada pela mídia clássica e defendida pelo meio empresarial como uma técnica atual de organização da produção, a trazer inovação e flexibilidade às empresas, afirmando que seria uma forma imprescindível ao mundo competitivo atual. Coloca-se também a terceirização como fenômeno consumado, sendo um fato no mundo atual, não adiantando realizar nenhuma força contrária a essa realidade.

De outro modo, as pesquisas demonstram que a terceirização traz grande precarização para os trabalhadores terceirizados, provam que os terceirizados sofrem um maior número de acidentes de trabalho, além do que não há nenhuma estabilidade no emprego.

A terceirização é um fenômeno diretamente inerente a corrente neoliberal que defende a urgente e imediata flexibilização das relações de trabalho. Está atualmente prevista no ordenamento jurídico pátrio pela recente Lei nº 13.429/2017, mas ainda há lacunas e provocações em relação a sua constitucionalidade por meio de ações junto ao STF, por isso, ainda tem atribuído ao judiciário a função de estabelecer as condições do regramento da terceirização.

Nessa conjuntura de participação judicial há intensa polêmica sobre a aplicabilidade dos princípios que regem o Direito do Trabalho e os fundamentos constitucionais que alicerçam a Constituição Federal de 1988.

A questão que se coloca é, como ficará a responsabilidade da Administração Pública na atividade terceirizada, de acordo todos esses dados contrários a adoção da terceirização como forma lícita de contratação de mão de obra? Haverá como promover conquistas obtidas pela classe trabalhadora, resguardando-se os princípios constitucionais e a legislação trabalhista?

O presente trabalho busca analisar a terceirização e sua responsabilidade no âmbito da Administração Pública, o conceito de terceirização, sua evolução histórica e jurisprudencial no Brasil e a situação atual, com uma breve análise da lei nº 13.429/2017. Visa também contextualizar a terceirização na Administração Pública e

demonstrar a constitucionalidade ou não da atividade terceirizada no setor público e analisar a jurisprudência do STF sobre o tema.

No que tange a responsabilidade das estatais terceirizantes, será analisada a ação declaratória de constitucionalidade n.16 do STF e o conflito entre a supremacia do interesse público e os direitos fundamentais. Por fim, relatando a precarização dos serviços que advém da terceirização, cabe relatar a importância da responsabilização da Administração Pública na terceirização.

O texto está organizado em três partes, além desta introdução e da conclusão. Primeiramente, será apresentada a terceirização no Brasil, considerações iniciais, evolução cultural e jurisprudencial da terceirização e a situação atual da atividade terceirizada no Brasil. Após, será abordado o processo de terceirização na Administração Pública, abrangendo o questionamento da constitucionalidade ou não da terceirização nos serviços do âmbito público. E em seguida, serão analisados a precarização dos serviços e os efeitos negativos para os trabalhadores terceirizados, bem como, a importância e necessidade de responsabilização da Administração Pública nas atividades terceirizadas.

A partir do cenário acima traçado, propõe-se, no presente texto, esquematizar as relações entre a terceirização, o direito do trabalho, os direitos constitucionais e administrativos, pretendendo lançar luzes ao debate sobre o tema, que vem sendo tratado de forma superficial, sem se atentar pelas estruturas socioeconômicas de nossa sociedade.

## **2 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL**

### **2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O trabalho é o que diferencia o homem, o que o torna um ser prático-social e histórico, porque é através dele que o homem consegue criar a sociedade. É um processo de transformação e autotransformação, a pessoa modifica a si próprio quando modifica o real, possibilitando aprendizagem e aquisição de novas capacidades e qualidades humanas. (CADIDÉ, 2010).

Com o surgimento da sociedade capitalista, esta que sustenta o meio de produção e a economia de mercado com base na livre iniciativa, o significado de trabalho se transformou. Devido a essas grandes mudanças na forma de produção de bens e serviços, a técnica de gestão de mão de obra começou a sustentar-se na flexibilização do mercado de trabalho e em padrões de consumo.

Novos setores de produção e inovações tecnológicas despontam, criando novas formas de trabalhos, a exemplo dos trabalhos temporários, por prazo determinado e os terceirizados, ou uma cadeia de desempregados, que não conseguem adentrar a essa estrutura do novo mercado de trabalho, na qual somente uma minoria qualificada e intelectualizada tem acesso. E a grande maioria, desqualificada, vive de trabalho indigno e precarizado.

Com a adoção do modelo de Estado Mínimo e o abandono do paradigma do intervencionismo do Estado de Bem-Estar Social, defendido pelo ideal neoliberal, surge o fenômeno da terceirização, esta, que sempre esteve em estado de conflitos e até certa contrariedade com o Direito do Trabalho, por evidente falta de interação com os princípios fundamentais deste ramo do Direito.

Com essa quebra de paradigma, para a realização dos princípios inseridos na Constituição, torna-se necessário que sejam traçados limites que possam garantir a livre iniciativa, mas ao mesmo tempo, que valorize o trabalho e a dignidade do trabalhador. (BELMONTE, 2009).

Por um lado, nas mãos de poucos, há a concentração de riquezas. Do outro lado, há a venda da força de trabalho como fonte de sobrevivência. E, quanto maior a

oferta, menor é o retorno pecuniário e mais incertos são os direitos dos trabalhadores, que se submetem as situações de trabalho insalubres e até desumanas.

Como este mesmo pensamento, confirma Lora (2008):

Não obstante seus resultados economicamente vantajosos, o processo trouxe também consequências socialmente nefastas, com destaque para a precarização das relações de trabalho, redução salarial, fragmentação das relações trabalhistas e utilização abusiva pelas empresas, que passaram, não raro, a utilizar o expediente com o único propósito de reduzir o custo de mão-de-obra.

As pressões instauradas pelos novos modos de produção, começaram a exigir especialização em todas as áreas, provocando então, o surgimento do fenômeno da descentralização das atividades empresariais. Começa a despontar então, no lugar do modelo tradicional, na qual a relação jurídica de emprego era estabelecida somente entre empregado e empregador, uma relação trilateral.

Essa relação trilateral é o processo que convencionou chamar de terceirização, consistente na transferência para outras empresas atividades tidas como secundárias. Desta maneira, a empresa pode centralizar sua dedicação na atividade-fim, delegando à outras empresas as chamadas atividades de suporte.

A admissão dessa força de trabalho, pela empresa que se utiliza da terceirização, em sua maioria, tem o objetivo de reduzir os custos e de tornar mais flexíveis direitos fundamentais do obreiro.

Há, nesse ambiente, portanto, uma transformação de contratos formais para contratos flexíveis, uma substituição da produção, em especial, da atividade-meio para terceiros, para diminuição de custos e concentração somente na atividade-fim.

Isso se dá porque a ideia básica do fenômeno jurídico da terceirização consiste exatamente em distingui-lo da relação empregatícia clássica bilateral, entre empregador e empregado, expressa nos arts. 2º e 3º da CLT e que se baseia na relação de emprego típica, gerada pelo contrato de trabalho de prazo indeterminado, com um único empregador.

Nas clássicas palavras de Maurício Godinho Delgado (2016, p.487), terceirização é:

O fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, 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, o 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 empregador desse trabalhador envolvido.

Belmonte confirma (2009):

Terceirização significa a intermediação do trabalho utilizado no desenvolvimento de uma atividade empresarial. Ela provoca a formação de uma relação trilateral entre a empresa tomadora e a empresa prestadora. E ao provocá-la, cria uma situação que, no plano individual, afasta o vínculo empregatício entre a empresa tomadora e o trabalhador arrematado pela empresa prestadora, para a realização do objeto do contrato de prestação de serviços e, no plano coletivo, a caracterização da situação de emprego na mesma atividade econômica da tomadora, constitutiva da categoria profissional.

Para Sulbach (2012), terceirização é “o fenômeno através do qual um tomador de serviços transfere a outrem a contratação dos trabalhadores para a prestação de determinado serviço em proveito daquele”.

Segundo Alice Monteiro de Barros, “o fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal”. (2012, p.357)

Passa-se a existir uma relação trilateral composta pelo tomador de serviços, o intermediador de mão de obra e o trabalhador, relação na qual o trabalhador presta os serviços de natureza não eventual, que serão úteis ao tomador, que mesmo assumindo os riscos de seu empreendimento, não é considerado seu empregador, pois quem lhe assalaria e coordena é o intermediador de mão de obra terceirizada, o qual é contratado e recebe a contraprestação da empresa tomadora.

Não havia lei que estabelecesse os direitos dos trabalhadores terceirizados, a normatização que regula a terceirização é pequena. Além de não tratar de todas as

situações, podendo ser falha em várias situações quando se busca uma justiça social e igualitária, pois, geralmente, os direitos dos empregados são minorados.

Esse raciocínio é feito, pois, quando o tomador de serviços decide por terceirizar a atividade, com o objetivo de ganhar mais lucros e contrata uma empresa que será remunerada para contratar os trabalhadores, é evidente que os valores pagos a estes será menor do que aquele que o tomador aplicaria para pagar os empregados contratados por ele diretamente.

Federações de Indústrias brasileiras, como a FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), FIERGS (Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul) e a FIESC (Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina) defendem a terceirização e desenvolvem argumentos relacionando à especialização dos serviços, os ganhos com a competitividade, a eficiência e a avanço dos processos produtivos. Porém, trata-se somente de um discurso de desculpa para um contexto que se insere em um artifício empresarial.

Na opinião do setor de indústrias, regulamentar a terceirização ajudará a reduzir conflitos nas relações de trabalho, reduzindo ações na justiça. E afirma que a terceirização permite que as micro e pequenas empresas, especializadas em produtos ou serviços, ao se inserirem na rede de fornecedores de empresas maiores, ampliam sua chance de crescimento e de geração de novos empregos.

O presidente do Centro e da Federação de Indústrias do Estado de São Paulo, a CIESP e FIESP afirmou em entrevista coletiva que:

A terceirização é sinônimo de especialização e explicou que a aprovação do PL não tira nenhum benefício da classe trabalhadora. “Ela representa segurança jurídica para as empresas, e pode, representar no futuro a geração de 700 mil empregos em São Paulo e mais de 3 milhões no Brasil. Isto faz bem para o Brasil, faz bem para os trabalhadores, para as pessoas e para as empresas.

Para essas Federações, a terceirização possui alguns aspectos positivos, como a modernização da empresa, com aumento da produtividade, uma redução de custos e uma melhora na qualidade do serviço ou produto. Mas, por outro lado, há uma redução nos direitos dos trabalhadores, como a diminuição do salário, a promoção, fixação na empresa e vantagens de acordos e convenções coletivas. Há, portanto, o aumento da rotatividade de mão de obra e em consequência, o aumento dos níveis de desemprego.

Percebe-se que os aspectos positivos são para apenas a empresa e os aspectos negativos estão todos voltados para o trabalhador, indo de encontro com alguns princípios constitucionais e do Direito do Trabalho, e em especial, o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego.

São muitas as teorias em que relacionam a terceirização com o crescimento da instabilidade entre o capital e o trabalho, motivando concentração de renda, maior rotatividade dos trabalhadores e diminuição considerável no valor das remunerações, uma vez que os contratados têm rendimentos substancialmente menores. O trabalho nas empresas subcontratadas é marcado pela instabilidade, baixos salários, contratos irregulares, menor qualificação da mão de obra e condições precárias de trabalho. Como demonstrado na tabela a seguir, das condições de trabalho comparado com os empregados e terceirizados em 2013.

**TABELA 1 - Condições de trabalho e terceirização, 2013**

Condições de trabalho	Setores tipicamente contratantes	Setores tipicamente terceirizados	Diferença Terceirizados/ Contratante
Remuneração média (R\$)	2361,15	1776,78	-24,7
Jornada semanal contratada (horas)	40	43	7,5
Tempo de emprego (anos)	5,8	2,7	-53,5

Fonte: Rais 2013. Elaboração: DIEESE/CUT Nacional, 2014.

Nota: setores agregados segundo Class/CNAE2.0. Não estão contidos os setores da agricultura. Remuneração média em dezembro.

Impedindo a estruturação de identidades coletivas, a subcontratação aparece não só no plano econômico como forma de redução de custos, mas também como estratégia política, na medida em que institui um amplo segmento de trabalhadores de valorização muito inferior à outra categoria de trabalhadores.

A pura e simples intermediação de mão de obra não teria razão nenhuma, não passando de uma venda, por um outro, do trabalho alheio e que se apossa de parte do

valor que deveria ser destinado totalmente a quem prestou o trabalho. Muitos juristas e doutrinadores indagam a legalidade da terceirização por esses motivos.

As contratações realizadas de forma terceirizada estavam regradas somente pela Súmula n. 331 do TST. Porém, atualmente, houve alterações pela Lei n° 13.429, sancionada em 31 de março de 2017.

Mais do que uma técnica de gerência, a terceirização se revela como uma estratégia de poder. Ela divide já não apenas o trabalho, mas a classe que trabalha. “Viabilizada pela nova relação de forças entre capital e trabalho, ela aprofunda a desigualdade entre os atores sociais, minando a força do grupo e abalando os alicerces do próprio Direito”. (VIANA, DELGADO E AMORIM, 2011).

O Direito do trabalho não é apenas um conjunto de normas, ele é o próprio trabalhador. As transformações de um, provocam transformações no outro. O maior problema da terceirização pode ser esse. “Embora não seja a única, ela é uma espécie de bomba que ajuda a implodir o Direito do Trabalho”. (VIANA, DELGADO e AMORIM, 2011).

Em decorrência, a terceirização afeta as fontes do Direito do Trabalho, pois dificulta a criação de normas protetivas, facilita a edição de normas precarizantes e enfraquece, desse modo, todas as regras da CLT.

## 2.2 EVOLUÇÃO CULTURAL E JURISPRUDENCIAL

O modelo da terceirização começou a ganhar amplitude no Brasil nos últimos 30 anos do século XX. Antes disso, algumas normas foram surgindo e tentando normatizar o grande fenômeno que estava para surgir.

Na década de 1940, no período de criação da CLT, a terceirização não era um fenômeno com tanta dimensão como nas últimas três décadas do segundo milênio. Diversos autores, como Godinho Delgado já atentavam para a realidade das diversas relações de trabalho triangulares. O autor salienta a ideia em que a CLT já fazia menção a terceirização, quando autoriza duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra, a empreitada e a subempreitada no art. 455, incluindo também a pequena empreitada, exposto no art. 652. (DELGADO, 2016, p.488)

Somente nos fins da década de 1960, foi prevista uma norma que evidenciava a terceirização de serviços, porém ainda não era assim caracterizada. Esta norma era designada somente ao setor público, englobando a Administração direta e indireta da União, Estados e Municípios.

O Decreto-Lei n. 200/1967, instituía em seu art. 10, que “a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”. Foi autorizada a descentralização administrativa de tarefas auxiliares do Estado para a iniciativa privada, conforme o parágrafo 7º do mesmo artigo, que prescreve:

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Já era possível perceber a fragilidade do instituto, quando não era estabelecido limites categóricos em relação às atividades suscetíveis de contratação indireta. Porém, Sulzbach afirma que “a descentralização envolveria as atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. (2012).

Neste período, a atividade terceirizada ainda estava longe de atingir a proporção existente no final do século XX. “Nem sequer no horizonte do mais visionário capitalista a amplitude da contratação terceirizada era imaginada”. (NEVES, 2003, p.128)

Em 1970, foi promulgada a Lei n.5.645, para regulamentar, dentre outros, a implantação da reforma administrativa e traçar as medidas para contratação indireta no serviço público, especificando as atividades de execução, discriminadas no no art. 3º, parágrafo único da Lei n. 5.645, *in verbis*:

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

As atividades lançadas tratavam, absolutamente, de atividades secundárias, de apoio, ou seja, puramente executórias no quadro dos serviços públicos. Essas atividades são tidas como atividades-meio, não houve então, permissão para a terceirização de atividade-fim.

Até aqui apenas a Administração Pública regulava a terceirização, no setor privado, ainda não havia normatização. Somente com a Lei n. 6.019/74, que instituiu o Trabalho Temporário, é que passou a permitir no âmbito privado a contratação desta forma de trabalho, eclodindo a legalização do instituto da intermediação de mão de obra.

Com a inovação da Lei do Trabalho Temporário, a contratação trabalhista começou a estabelecer um modelo contratual completamente diferente do sistema clássico bilateral da relação trabalhista, pois passou a prever na relação de emprego, três sujeitos e dois contratos, o interempresário, entre a empresa fornecedora e a tomadora de serviços, e o de trabalho, entre a empresa fornecedora e o trabalhador.

Logo depois, o processo de terceirização foi estimulado com a incorporação da Lei n. 7.102/83, que passou a autorizar a terceirização do trabalho de vigilância bancária e de transporte de valores, só que agora em caráter permanente, o oposto da terceirização pela Lei do Trabalho Temporário, que é em caráter temporário. O fenômeno da terceirização expandia mesmo sem lei que regulamentasse a terceirização, como se observa da explanação de Godinho Delgado (2016, p.489).

Tão importante quanto essa evolução legislativa para o estudo e compreensão do fenômeno seria o fato de que o segmento privado da economia, ao longo dos últimos 30 anos do século XX, passou a incorporar, crescentemente, práticas de terceirização da força de trabalho, independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico. É o que se percebia, por exemplo, com o trabalho de conservação e limpeza, submetido a práticas terceirizantes cada vez mais genéricas no desenrolar das últimas décadas.

Nesse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho, em 1986, aprovou o Enunciado n.256, no qual delimitou as possibilidades de terceirização lícita no âmbito do trabalho temporário e os serviços de vigilância bancária. Não fazia referência quanto à possibilidade de terceirização na Administração Pública:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Nos anos 1990, a jurisprudência se inclinava novamente sobre o tema, desta vez, revisando e ampliando a anterior citada. Ao lado de muitas interpretações jurisprudenciais, o TST cancelou o Enunciado n. 256 e editou outra súmula de jurisprudência uniforme, de n. 331, em dezembro de 1993. Assim era disposta a nova súmula:

- I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
- II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
- III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
- IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Com a Súmula n. 331 do TST, ficaram demarcados os limites traçados pelo Direito do Trabalho em relação à legalidade da terceirização dos serviços no Brasil, portanto, as terceirizações fora dos preceitos simulados, são considerados inválidos.

As únicas hipóteses de terceirização que eram permitidas foram: o trabalho temporário, de forma temporária, e, de forma permanente, os serviços de vigilância, os serviços de conservação e limpeza e os serviços ligados à atividade-meio do tomador.

Nessas três formas de terceirização permanente, tem que haver a inexistência da subordinação direta e da personalidade. O não cumprimento dessas exigências, configura a ilicitude da terceirização, implicando na fixação de vínculo empregatício com o tomador de serviços. Essa exigência, é somente para a terceirização permanente. Na atividade terceirizada temporária, o trabalhador poderá exercer seu trabalho com subordinação direta e personalidade, em relação ao tomador de serviços, sem que mude a natureza empregatícia com a empresa interposta, porque o empregado temporário pode receber comando tanto da empresa tomadora de serviços, quanto da empresa de prestação de serviços.

Em 1994, com a Lei n. 8.863, foi alargada a hipótese de terceirização de serviços de transporte de valores e vigilância patrimonial, autorizando agora as empresas privadas, inclusive segurança de pessoas físicas. Como demonstra o art. 10, § 2º, da Lei 7.102/83:

As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas. (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

Em 1997, pressionados por decisões do Tribunal de Contas da União, órgão responsável pelo controle externo da legalidade dos atos do Poder Público Federal, foi publicado o Decreto nº 2.271, que substituiu a Lei 5.645/1970 e instituiu limites mais flexíveis à contratação de serviços no âmbito da Administração Pública.

Este decreto dispôs sobre a possibilidade de execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares no âmbito da Administração

Pública, porém, excluiu a possibilidade dessa execução indireta para as atividades próprias das categorias funcionais abrangidas pelos planos de cargos e órgãos ou entidades da Administração Pública.

Em 2000, por meio da decisão nº 25, a jurisprudência do TCU impediu a terceirização de serviços na Administração Pública, no que tangia as categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos ou órgão ou entidade.

Ainda em 2000, em relação à responsabilidade da Administração Pública na atividade terceirizada, a interpretação do inciso IV, da Súmula nº 331, do TST, era omissa. Só após a Resolução nº 96 do TST, em 11.09.2000, o inciso IV foi alterado, que passou a ser escrito da seguinte forma:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Em 2010, depois de muitas disputas entre a Justiça do Trabalho e a Administração Pública, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que será abordada mais adiante em outro momento, foi declarada a constitucionalidade do art. 71, §1º. da Lei nº 8.666/93, a Lei de Licitações.

Com essa decisão, a Justiça do Trabalho entrou em conflitos, sem saber de qual modo julgar as causas que envolviam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Porém, após seis meses a decisão do STF, o pleno do TST definiu uma nova redação para a Súmula 331 do TST:

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 nº 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 referentes ao período da prestação laboral.

A partir da simples leitura dos incisos da Súmula 331 do TST, percebe-se que, a responsabilidade do particular decorre diretamente do fato de ser o tomador dos serviços, sem nenhuma avaliação sobre a existência ou não de culpa. Entretanto, os integrantes da Administração Pública só respondem se, nessa qualidade de tomadores dos serviços, tiverem agindo em culpa, esta que consiste na “fiscalização das obrigações contratuais e legais” da prestadora de serviços.

Nas últimas décadas, o avanço da terceirização no mercado de trabalho brasileiro desafia a hegemonia da clássica relação de emprego, a bilateral.

Há hoje, clara compreensão das transformações que o processo de terceirização tem produzido no âmbito laboral. Porém, ao mesmo tempo, falta a percepção da exata dimensão dessas mudanças.

Falta, no ramo jurídico, os instrumentos necessários para vencer os obstáculos e submeter o processo da terceirização às direções essenciais dos Direitos Fundamentais, Sociais e do Direito do Trabalho, de modo a não facilitar que a atividade terceirizada se torne uma antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram um norte de justiça para os trabalhadores.

O fenômeno tem avançado como um processo informal, fora das normas fixadas pelo Direito. Trata-se de uma competição entre a ordem jurídica perante os novos fatos sociais, necessitando de uma lei consistente para corrigir tal defasagem jurídica.

Em 2017, houveram muitas transformações com a Reforma Trabalhista, não só na atividade terceirizada, como também em outros institutos do Direito do Trabalho. Há, portanto, uma quebra de paradigma, há uma saída do estado protecionista do Direito do Trabalho, para um estado contratual, em que as partes poderão negociar seus direitos.

### 2.3 SITUAÇÃO ATUAL: BREVE ANÁLISE DA LEI Nº 13.429/2017

A terceirização é determinada como o modo em que uma empresa prestadora de serviços é contratada por outra empresa ou pela administração pública para realizar os serviços entre elas acordados. Através desse método, a empresa que presta serviços emprega os trabalhadores que exercerão as atividades contratadas, sem que possua o reconhecimento de vínculo empregatício entre a contratante e os colaboradores ou ainda entre os trabalhadores e os sócios da empresa contratada.

Há algum tempo, como foi visto anteriormente, a terceirização foi adotada no mercado de trabalho, embora sua regulamentação demorou a surgir. Primeiramente envolveu feições bem específicas, como a administração pública, pelo Decreto-Lei nº 200/1967, e os serviços de vigilância, pela Lei nº 7.102/1983. As outras atividades ficaram resguardadas com Súmula nº 256, modificada e substituída pela Súmula nº 331, do TST, que eram aplicadas ultimamente para uma garantia aos trabalhadores terceirizados.

O antigo Projeto de Lei nº 4.302/98, que já tinha passado pelo Senado Federal, quase duas décadas depois foi reaberto e sancionado em 31 de março de 2017, pelo Presidente Michel Temer, passando a ser agora a Lei nº 13.419/2017. Esta nova lei está sendo chamada de “lei da terceirização e do trabalho temporário” e alterou alguns artigos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, a lei de instituição do Trabalho Temporário.

A aprovação da lei pode conferir maior segurança aos contratantes, pois antes suas implicações, eram ditadas pela jurisprudência, gerando também muitas opiniões divergentes acerca das vantagens e desvantagens para empresas e aos trabalhadores.

Para os sindicatos, a terceirização irrestrita, como está prevista pela nova lei, trará resultados de precarização às relações de trabalho devido a alta rotatividade trabalhadores e a probabilidade de substituição de contratos de empregados por outros terceirizados. A terceirização é, então, um fortalecimento do poder econômico sobre a classe trabalhadora.

A classe empresária, obviamente, em sua quase totalidade, é a favor da terceirização, afirmam que já é um sistema consumado e não seria mais possível

descartá-la do dia a dia das empresas. Garantem ainda que a nova lei não influencia nos direitos trabalhistas elencados na CLT e que o trabalhador ainda terá uma “dupla garantia de direitos, pois continuará a responsabilidade subsidiária da contratante quando os débitos trabalhistas não forem pagos pela empresa terceirizada.

Uma das principais mudanças e mais impactantes na seara do Direito do Trabalho é a possibilidade de poder terceirizar as chamadas “atividades-fim”.

Antes, somente as atividades-meio, como limpeza, vigilância e manutenção eram previstas como lícitas para a terceirização. Com a aplicação da nova lei, todas as atividades de uma empresa podem ser terceirizadas, o contrato de prestação de serviços pode tratar sobre o desenvolvimento de atividades essenciais, secundárias ou complementares à atividade econômica da empresa contratante.

Essa ideia comprova que a possibilidade de terceirizar a atividade-fim foge do principal objetivo para qual a terceirização foi criada, que é precisamente a permissão de empresas especializadas em atividades-meio, para que possibilite que a se ocupe de sua finalidade precípua. Como afirma Gabriela Delgado (2014)

Daí que, exercendo a terceirização forte efeito desagregador da presença do trabalhador na vida da empresa e fragmentador da continuidade do vínculo de emprego, promovendo alta rotatividade contratual, acaba por reduzir a eficácia desses elementos constitucionais, de proteção espacial e temporal, inerentes à relação de emprego. E por impor essas restrições protetivas, a terceirização é mecanismo que a Constituição reserva, de forma excepcional, ao espaço da atividade-meio da empresa, como um mecanismo gerencial voltado a viabilizar que o empreendimento possa se dedicar à sua atividade finalística, para nela promover o emprego direto e maximamente protegido.

A nova lei trouxe também outras e importantes alterações para as relações trabalhistas, como no tocante a subordinação e vínculo empregatício. Antes, quando o empregado provasse judicialmente que existia pessoalidade na prestação de serviços ou subordinação da empresa tomadora, a terceirização era considerada irregular e o vínculo empregatício se estabelecia com a empresa tomadora.

Já com a nova lei, excetuando os casos de trabalho temporário, não há a existência de subordinação e de reconhecimento de vínculo empregatício. Contudo, em casos que exista fraude e que se comprove a subordinação direta, o vínculo entre o

trabalhador e a contratante deverá ser reconhecido judicialmente, nos termos da Súmula nº 331.

No que se refere a responsabilidade das empresas, a empresa tomadora dos serviços, de acordo com a Súmula 331, do TST, possuía responsabilidade subsidiária e a empresa tomadora poderia ser condenada judicialmente ao pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias. Com a nova lei, a responsabilidade continua subsidiária, e a contratante responderia apenas se a prestadora dos serviços, acionada na justiça, não tiver dinheiro ou patrimônio para responder pelas dívidas deixadas. A responsabilidade poderá ser também solidária, caso haja falência da empresa prestadora.

A nova Lei não prevê a responsabilização em se tratando de acidente de trabalho. Nesses casos, aplicar-se-ão então as regras contidas no Código Civil, firmados nos artigos 927, 932 e 942. Desse modo, serão responsáveis por indenizar o acidentado todos aqueles que contribuíram para o ato ilícito que lhe causou os danos. Sendo assim, trata-se da responsabilidade solidária.

Em relação a representação sindical, a recente lei nada prevê. Os trabalhadores terceirizados são representados pelo sindicato da categoria principal da empresa tomadora de serviços. Porém, quando a terceirização é considerada irregular, o trabalhador terceirizado tem os mesmos direitos dos demais empregados da empresa tomadora.

A Lei n. 13.429/2017 é completamente omissa em relação aos vales alimentação e transporte, contrariamente ao projeto do Senado, no qual era previsto acessibilidade a restaurantes, transporte e atendimento ambulatorial oferecido pela contratante aos seus próprios empregados e terceirizados, quando e enquanto os serviços forem executados na dependência do tomador.

Os Tribunais do trabalho decidem com base nos princípios da dignidade pessoa humana, da igualdade e no valor social do trabalho, que essas previsões de acesso a restaurantes, transportes e médicos devem ser estendidos aos terceirizados, prevalecendo estes princípios nas relações de trabalho da empresa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. SUMARÍSSIMO. ANÁLISE MERITÓRIA PELO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. LIMINAR CONCEDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO DIGNO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. PERMISSÃO LEGAL PARA A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA IGUALDADE E/OU ISONOMIA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO COM A TOMADORA. ATIVIDADE - MEIO. SUBORDINAÇÃO DIRETA À AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE PROVA. ENQUADRAMENTO SINDICAL. ANOTAÇÕES NA CTPS. HORAS EXTRAS. INAPLICABILIDADE DA NORMA COLETIVA DO BANCO ITAÚ. Impõe-se dar provimento ao agravo quando verificada possível contrariedade à Súmula nº 331, III, do TST. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. SUMARÍSSIMO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETAMENTE COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. Considerando a existência de legislação em vigor que autoriza o primeiro reclamado a celebrar contrato de prestação de serviços com a segunda reclamada, e não sendo o objeto ilícito e nem impossível, há considerar válido o contrato havido, uma vez que efetuada a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, nos exatos termos do item III da Súmula nº 331 do TST, impondo-se prover o recurso de revista para afastar o vínculo de emprego para com o primeiro reclamado. Recurso de revista provido. (TST - RR: 3091620135030015, Data de Julgamento: 04/03/2015, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015

Tal como essa outra ementa do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. OPERADOR DE TELEMARKETING. APLICABILIDADE DAS NORMAS COLETIVAS DA CATEGORIA DOS BANCÁRIOS. Constatando-se que o empregado estava inserido na atividade-fim do banco tomador dos seus serviços, realizando atividades típicas de bancário, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador, ante a ilicitude da terceirização, com a aplicação das normas coletivas da categoria dos bancários. DANO MORAL INDIVIDUAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. EFEITOS NEGATIVOS IMPOSTOS À PESSOA DO TRABALHADOR. NEXO CAUSAL. CONFIGURAÇÃO. HETEROGENEIDADE. OFENSA A DIREITOS DA PERSONALIDADE. ESPECIFICIDADE FUNDAMENTAL. REPARAÇÃO DEVIDA. NECESSÁRIA PROTEÇÃO E GARANTIA DE EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, UNIFORMIDADE E UNIVERSALIDADE. 1) O dano moral ou extrapatrimonial é uma espécie de dano que, diferentemente do material, não pode ser ligado à ideia do restabelecimento de uma situação anterior, pelo fato de haver heterogeneidade entre a reparação, que se converte em patrimonial apenas de forma indireta, e a ofensa, que é de natureza puramente imaterial, ligada diretamente ao princípio da dignidade. 2) A prova suficiente de ofensa a direitos da personalidade impõe a reparação do dano moral, devendo ser conferida efetiva proteção aos direitos que decorrem diretamente do princípio nuclear da dignidade da pessoa humana, observados os princípios da razoabilidade, universalidade e uniformidade na fixação do quantum indenizatório.

(TRT-1 - RO: 00014837020115010020 RJ, Relator: Rogerio Lucas Martins, Data de Julgamento: 13/08/2014, Sétima Turma, Data de Publicação: 25/08/2014)

De outra maneira, o trabalhador terceirizado sendo encarado e tratado como um trabalhador inferior, em desordem com o princípio constitucional da igualdade, insculpido no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Quanto a responsabilidade pelas condições de segurança, salubridade e higiene, não havia regulamentação. Com a nova lei, surgiu previsão legal para tais condições.

A nova lei expressamente prevê a quarteirização, por meio do artigo 4º- A, parágrafo primeiro, que ocorre quando a empresa contratada pode subcontratar outras empresas para prestar os serviços. Essas outras empresas que serão responsáveis pela contratação, gerência do trabalho e pela remuneração.

Com a nova lei houve também a inovação da exigência do capital social mínimo. Há agora exigências estabelecidas para um capital social mínimo conforme a quantidade de empregados, conforme o artigo abaixo:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

De acordo com o artigo 19-B da Lei 13.419/2017, essas novas regras não serão aplicadas para as empresas de vigilância e transporte de valores.

As centrais sindicais e os movimentos sociais vinham se manifestando contra o projeto que gerou essa nova lei, mas não teve efeito, ela foi sancionada, porém são elencados vários danos que a terceirização irrestrita trará aos direitos dos trabalhadores que foram com o evoluir da história, conquistados.

Surge a probabilidade de redução salarial, pois, com as possíveis mudanças de empregador, a empresa terceirizada não têm obrigações de pagar o mesmo montante que era pago anteriormente ao que o trabalhador recebia na empresa em que trabalhava, ainda que desempenhando os mesmos papéis e funções na nova empregadora.

Com isso, em razão da diferença de empregadores, os trabalhos iguais poderão ser remunerados de forma desigual, poderá haver então, a eliminação da equiparação salarial.

A nova empregadora não estará obrigada a cumprir com os benefícios que eram concedidos aos trabalhadores por meio dos acordos e convenções coletivas de trabalho, pois a mesma não precisará das negociações sindicais.

Os sindicatos ficarão enormemente enfraquecidos devido a desintegração dos trabalhadores em várias empresas diferentes, com datas-bases distintas, fragmentando as negociações coletivas e gerando fracasso nas reivindicações das categorias.

Possivelmente haverá maiores obstáculos para a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Pois, somente as empresas com mais de 100 trabalhadores têm a obrigatoriedade em empregar 2% de pessoas com necessidades especiais. As empresas poderão se dissolver em diversas empregadoras e assim, ficarão desobrigadas de tais cotas.

Há também possibilidade de lesão à segurança e saúde do empregador. Com a provável alta rotatividade da mão-de-obra em relação às terceirizadas, haverá prejuízo na capacidade e nos treinamentos, instituindo um ambiente favorável a ocorrer acidentes de trabalho. Isso poderá ocorrer também em razão do baixo investimento em segurança pelas empresas que contratam os trabalhadores terceirizados, pois necessitam manter o menor custo para se tornarem competitivas.

Informações do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos (Dieese), em nota técnica mostram que os riscos de um empregado terceirizado morrer de acidente de trabalho é maior que nos demais ramos de produção. Destaca-se também, dentre outras razões, para o elevado número de acidentes de trabalho, o compromisso da empresa em cumprir termos com um preço menor, intensificando as horas de

trabalho, ou seja, mais tempo à disposição de condições perigosas e insalubres, despontando assim, a precarização social do trabalho.

Os órgãos que representam os setores patronais, unidos ao capitalismo empreendedor, advogam a favor da terceirização, pois alegam que com a terceirização, aumentará a especialização dos serviços e conseqüentemente a ampliação da produtividade. Defendem ainda, que haverá um aumento nas vagas de trabalho, pois a contratação de mão-de-obra de forma temporária facilitará a ampliação de vagas de emprego.

No que tange a terceirização na Administração Pública, a nova lei não menciona nada. A atividade terceirizada irregular pelo setor público não gera vínculo de emprego entre o terceirizado e os órgãos da Administração Pública direta – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal – e indireta – as autarquias, fundações e empresas públicas.

Entretanto, a Administração Pública tem responsabilidade subsidiária na atividade terceirizada. A contratação do serviço terceirizado já é costume e regida pela Lei de Licitações e a Súmula 331 do TST.

É fato que era necessário uma regulamentação sobre a terceirização, pois essas relações jurídicas eram orientadas somente pela interpretação jurisprudencial consolidada, a Súmula 331 do TST, porém, esta, que limitada, não socorria todos as matérias envolvidas.

Todavia, a Lei, da forma que foi aprovada, trouxe preocupações no que tange a grande possibilidade de perdas dos benefícios trabalhistas que foram conquistados ao longo do tempo.

Teme-se que, com a possibilidade da terceirização das atividades-fim, afastarão as obrigações celetistas e conseqüentemente a diminuição dos benefícios trabalhistas, como a redução de salários, e ferindo os princípios da dignidade e da igualdade.

Com os argumentos de maior eficácia da empresa contratada e de resguardo com os direitos dos obreiros. Possivelmente, essa regulamentação traga uma grave afronta aos direitos dos trabalhadores, principalmente diante das tantas possibilidades de ilegalidades que são cogitadas e que vão surgir com a sua aplicação.

Até a conclusão deste texto, 5 novas ações questionam no STF sobre a nova Lei da Terceirização.

Em 03 de abril de 2017, o partido Rede Sustentabilidade ajuizou no STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI nº 5685, contra a Lei 13.429/2017, sendo o ministro Gilmar Mendes, o relator da ação.

O partido busca a inconstitucionalidade material da lei, arguindo que ela ofende o princípio da proteção ao trabalho, dentre outros princípios constitucionais. O autor sustenta também que a Constituição de 1988 determinou a constitucionalização do Direito do Trabalho. Essa conjectura reflete em fundamentais escolhas importantes no ordenamento jurídico brasileiro, na proteção ao valor social do trabalho e do trabalhador. E o aumento incondicional da terceirização, sem os cuidados mitigadores dos seus desumanos efeitos, devido a sua notória inclinação precarizadora das relações de trabalho, ofendendo de forma evidente a obtenção do preceito constitucional do princípio da proteção ao trabalho.

Mais uma questão apontada é a terceirização na Administração Pública, para o partido Rede, a nova lei afronta o princípio essencial do concurso público, assegurado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Admitir a terceirização nas atividades do Poder Público configura grave infração ao princípio constitucional do concurso público e também ao preceito normativo da isonomia.

O partido Rede pede, no mérito, que seja reconhecida a inconstitucionalidade da Lei 13.420/2017 e solicita a concessão de medida cautelar para que seja suspensa a eficácia da lei até a decisão do STF.

Em 06 de abril de 2017, chegaram ao STF mais duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as ADIs nº 5686 e nº 5687, questionando a nova Lei da Terceirização. A CNPL (Confederação Nacional das Profissões Liberais) e Partido dos Trabalhadores e Partido Comunista do Brasil são, respectivamente, os autores das ações.

Essas duas outras ações também estão sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, que é relator da ADI 5685 como anteriormente mencionado.

De acordo com a confederação, a atividade terceirizada de forma ampla e irrestrita, como proposta pela nova lei, afronta alicerces fundamentais da República

Federativa do Brasil, constitucionalmente previstos, a prevalência dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, a busca por uma sociedade livre, justa e igualitária e a consagração dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Os partidos políticos entendem que a norma é constitucional porque a lei propõe instituir a regulamentação ampla e irrestrita dos contratos de forma temporária e terceirizada, ofendendo os direitos sociais fundamentais e desprezando os princípios que foram insculpidos para proteger o trabalhador.

Afirmam também afronta as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), instituidora de preceitos pertinentes à dignidade das relações trabalhistas inseridas à ordem jurídica nacional.

Em 27 de abril de 2017, foi também distribuída ao ministro Gilmar Mendes, nova Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada no STF contra a Lei 13.429/2017. A ADI de número 5695 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química (CNTQ) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados (Conaccovest).

Nessa ADI, as entidades de classe pedem no mérito, que a norma seja julgada inconstitucional e também a concessão de medida liminar, suspendendo integralmente os artigos da nova Lei da Terceirização. Da mesma forma que os partidos políticos e as entidades de classes, as confederações de trabalhadores argumentam que o texto legal viola princípios constitucionais como preservação da função social da propriedade, a isonomia, a proteção ao trabalhador e a livre associação sindical.

Afirmam que com a nova redação dada a Lei 6.019/1974, as modificações ocasionadas pela norma, começaram a admitir que o trabalho temporário pode ser sobre a prestação de serviços tanto da atividade-meio, quanto da atividade-fim. Alegam que essa medida confirma a abertura para a terceirização irrestrita e não exclusivamente para o trabalho temporário.

Ressaltam que o exercício da terceirização na atividade-fim retira o caráter comunitário da empresa, a radicalização desse modo de prestação de serviços pode viabilizar uma empresa sem empregados diretos, quando terceiriza todas as suas atividades, isentando-se de inúmeras responsabilidades trabalhistas, previdenciárias, tributárias e sociais.

O procurador-geral da República, Rodrigo Janot, em 27 de junho de 2017, apresentou ao STF, outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 5735, contra a Lei 13.429/2017. O autor aponta vícios na tramitação do projeto legislativo que derivou a lei, sustentando que o texto sancionado fere dispositivos constitucionais.

Segundo afirma o procurador-geral, a ampliação de forma desarrazoada das normas de locação de mão de obra de forma temporária, acompanhada do aumento do prazo máximo do contrato temporário, que passou de três meses para 270 dias, quebra a característica de regime excepcional de intermediação de mão de obra, violando o regime constitucional de emprego, fere a eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

O autor pede a suspensão liminar da eficácia de vários artigos da lei e argumenta que, se forem mantidos os efeitos, muitos postos de emprego direto poderão ser trocados por locação de mão de obra por tempo delimitado e por trabalhadores terceirizados em atividades-fim, um impacto direto na vida dos trabalhadores e uma afronta às normas constitucionais afetadas.

A ADI de número 5735 foi também distribuída ao ministro Gilmar Mendes, relator também da ADI 5685, ajuizada pela Rede Sustentabilidade, da ADI 5687, de autoria do Partido dos Trabalhadores (PT) e do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), da ADI 5686, protocolada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e, por fim, a ADI 5695, ajuizada pelas Confederações Nacionais dos Trabalhadores da Indústria Química e dos Trabalhadores na Indústria Têxtil e de Vestuário.

Feitas essas considerações, percebe-se que a Lei Federal nº 13.429/2017 deverá ser encarada com cuidado. A regulamentação da terceirização contida na nova lei, demonstra-se omissa e genérica em diversos aspectos das relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços e nas empresas contratantes. Tais omissões poderão ocasionar aumento da insegurança laboral e jurídica para trabalhadores e empresas, e ao invés da nova regulamentação trazer segurança para os trabalhadores, traz insegurança, motivando um conseqüente aumento de ações trabalhistas na justiça.

Ademais, o texto legal enfraquece as garantias dos direitos e à proteção dos trabalhadores terceirizados, podendo aumentar a rotatividade e os riscos de precarização das condições de trabalho.

Essa modificação legislativa em nada contribui para melhorar o ambiente econômico e nem para estabelecer relações de trabalho equilibradas. Sintetizando, a seguinte tabela, mostra as principais alterações que ocorreram no Trabalho Temporário com a nova Lei 13.429/2017:

**TABELA 2- PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA Lei 13.429/2017**

DIREITOS ANTES DA LEI 13.429/2017	DIREITOS DEPOIS DA LEI 13.429/2017
Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.	Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à <b>necessidade de substituição transitória de pessoal permanente</b> ou à <b>demanda complementar de serviços</b> .
Remuneração equivalente à recebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou a garantia de recebimento do salário mínimo;	<b>Substituição do conceito de remuneração pelo de salário: “é assegurado salário equivalente ao percebido pelos empregados que trabalham na mesma função”. O conceito de remuneração é mais amplo, pois nele está incluído o salário e demais benefícios como adicionais, comissões, gratificações etc.;</b>
O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.	<b>O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.</b>
	Art. 9º - O contrato celebrado pela

<p>Art. 9º - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço.</p>	<p>empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterá:</p> <p>I - Qualificação das partes;</p> <p>II - Motivo justificador da demanda de trabalho temporário;</p> <p>III - Prazo da prestação de serviços;</p> <p>IV - Valor da prestação de serviços;</p> <p>V - Disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho.</p> <p>§ 1º É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.</p> <p>§ 2º A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.</p> <p>§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de</p>
--	--

	serviços.
<p>Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.</p>	<p>Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.</p> <p>§ 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não.</p> <p>§ 2º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.</p> <p>§ 4º Não se aplica ao trabalhador temporário, contratado pela tomadora de serviços, o contrato de experiência previsto no parágrafo único do art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.</p> <p>§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior</p> <p>§ 6º A contratação anterior ao prazo previsto no § 5º deste artigo caracteriza vínculo empregatício com a tomadora.</p> <p>§ 7º A contratante é subsidiariamente</p>

	responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.
--	---

### **3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

#### **3.1 CONTEXTUALIZANDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Por consequência dos processos de desestatização, as prestações de serviços públicos, vêm, cada vez mais, sendo transferidas para o setor privado, por meio das formas de descentralização de serviços por colaboração, os institutos da concessão e permissão. E de forma parecida, há uma dinamização na execução de suas atividades mediante a contratação de terceiros, a terceirização.

Aqui, faz necessário então, conceituar o entendimento de terceirização na Administração Pública, a diferenciando das concessões e permissões de serviços públicos.

A locação de serviços ou terceirização na Administração Pública é regulada hoje pela Lei nº 8.666/93, a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública e institui uma das maneiras em que o Estado procura parceria com a área privada para realizar suas atividades. Com a autorização da lei, as atividades meramente instrumentais ou de apoio são transferidas para as empresas privadas especializadas, com a finalidade que o ente público se encarregue somente para um melhor desempenho de suas competências institucionais.

A referida Lei nº 8.666/93, no artigo 6º, inciso II, define os serviços como a atividade destinada para obter determinada utilidade de interesse para a Administração. O objeto da terceirização é então uma atividade prestada pelo particular em favor da Administração para satisfazer interesses desta e em conjunto ao exercício de suas atribuições.

Percebe-se, de logo, portanto, que existe uma diferença entre terceirizações e concessões ou permissões de serviços públicos, com relação ao seu objeto. Uma vez que a locação de serviços se refere somente à execução material de atividades específicas, os serviços públicos jamais podem ser totalmente terceirizados, conforme o conceito de serviços público dado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.619 – 620):

Sabe-se que certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade material) destinadas a satisfazer a coletividade em geral, são

qualificadas como serviços públicos quando, em dado tempo e lugar, o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas.

(...) Justamente pelo relevo que lhes atribui, o Estado considera de seu dever assumi-las como pertinentes a si próprio (mesmo que sem exclusividade) e, em consequência, exatamente por isto, as coloca sob uma disciplina peculiar instaurada para resguardo dos interesses nela encarnados: aquela disciplina que naturalmente corresponde ao próprio Estado, isto é, uma disciplina de Direito Público.

A esse respeito cabe lembrar o que está disposto na Constituição Federal de 1988, no artigo 175, no qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A respeito do tema, Carvalho Filho (2015, p. 389 - 436) entende que:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou o consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários.

(...) Permissão de serviço público é o contrato administrativo através do qual o Poder Público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público, inclusive quanto à fixação do valor das tarifas.

Confirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p.278):

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário.

Por consequência, ao passo que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos recebem a gestão operacional, na terceirização, a Administração Pública somente transfere a execução material de atividades específicas.

E em relação as prerrogativas públicas, são só repassadas para a concessionária, não as são para as empresas terceirizadas. A concessionária ostenta a posição de

poder concedente na prestação do serviço público; já a terceirizada é apenas quem executa uma atividade material, prestada à Administração Pública e não aos usuários do serviço público.

Os institutos se diferenciam também quanto ao poder de intervenção na concessão que o poder concedente tem, quando houver descumprimento do contrato por parte da concessionária. Porque na terceirização, o poder público poderá fazer a rescisão do contrato, o que poderá acarretar na ocupação e utilização do local e instalações necessários à continuidade da atividade, na assunção imediata do objeto do contrato, na execução da garantia contratual

Ressalta-se, que, a gestão do serviço público, sempre remanescerá com o poder público, em qualquer das hipóteses. É uma propensão atual do Estado, que está perdendo a exclusividade da atividade administrativa, concentrando somente nas decisões administrativas.

Nessa perspectiva, a falta de uma limitação da terceirização no cenário da Administração Pública, provavelmente possibilitará uma disseminação indiscriminada dentro dos órgãos e entes públicos. E da mesma forma que no setor privado, a terceirização também brota repercussões densamente indesejáveis no domínio público.

Nota-se que, mesmo com alguns limites que foram impostos para a prática da terceirização, esta que se disseminou dentro dos órgãos e nos entes públicos em todas as esferas federativas, dando ensejo a várias repercussões ruins diante de valores constitucionais.

A terceirização indiscriminada estimulou a desregulamentação institucional do serviço público, diminuindo as funções públicas e destruindo os planos de carreiras, que são indispensáveis para as práticas e responsabilidades do Estado.

Não só isso, como também precariza as condições de trabalho, fragilizando a organização coletiva dos servidores, além de aguçar a discriminação entre servidores públicos e terceirizados, o que causa uma grave infração às garantias dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

### 3.2 (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os entes públicos recorreram a prestação da atividade terceirizada, em consequência da analogia comparativa do montante imprescindível para custear um servidor público e o valor gasto para contratar uma empresa especializada para prestar determinado serviço, pelo trabalhador designado pela mesma.

Confirmando então, o que afirma Rodolfo Pamplona quanto ao significado de terceirizar, “partindo-se da ideia do Estado Mínimo, apologia máxima do neoliberalismo, terceirizar é, sem sombra de dúvida, uma das soluções, senão a grande solução para a Administração Pública moderna”. (PAMPLONA, 2002)

Esse método pode ser disposto como uma categoria da descentralização das atividades que são de responsabilidade da Administração Pública. Percebe-se que na terceirização de serviços, principalmente na Administração Pública, que tem decorrência da contratação de organizações desse modelo de negócios, no qual se busca contratar o trabalhador com menor custo.

E com a prática recorrente desse processo, a Administração Pública acabou por permitir o nascimento de brechas operacionais que extrapolam a estratégia econômica da contratação da atividade terceirizada.

Analisa-se que é necessário que se desenvolva e implemente táticas e estratégias que possam minimizar o fenômeno do uso indiscriminado da terceirização na Administração Pública, já que essa técnica que talvez trouxesse vantagens, tornou-se uma problemática, não só no ordenamento jurídico, como na sociedade.

Para Jorge Luiz Souto Maior, a lógica da terceirização não se comunica com as exigências do serviço público (2005):

É evidente que a lógica da terceirização nada tem a ver com as exigências do serviço público, a não ser que se queira ver no Estado um produtor de riquezas a partir da exploração do trabalho alheio, sendo estes, os “alheios”, exatamente os membros da sociedade, que cabe a ele organizar e proteger.

E complementa que na terceirização (MAIOR, 2005):

Nada disso tem sentido. A redução de custo é imoral, pois o custo é reduzido a partir da perspectiva do direito daquele que presta serviço. Ora, o direito da sociedade de se valer dos serviços do Estado não pode ser concretizado por meio da diminuição dos direitos do trabalhador, pois isso seria o mesmo que excluí-lo da condição de membro dessa sociedade, ou colocá-lo em uma situação de subcidadania.

A Administração Pública não pode valer-se da precarização dos direitos dos trabalhadores que prestam o serviço público para alcançar a eficiência.

As empresas que disponibilizam os trabalhadores para prestar os serviços, para manter garantidas sua produção, precarizam as condições de trabalho, porque com o custo menor, podem oferecer seus serviços com um preço mais barato, com isso, ganham a concorrência diante das outras empresas prestadoras de serviço. Portanto, “a precarização é da própria lógica da terceirização” (MAIOR, 2005).

Nesse modo de produção, percebe-se que há o impedimento de que o trabalhador se vincule ao meio ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados normalmente são deslocados do contato com os demais empregados, podem até usar elevadores diferentes, podem almoçar em horários diversos ou em locais diferentes e não têm subordinação, para que não se configure o vínculo empregatício.

Ademais, alguns terceirizados prestam serviços em mais de uma tomadora de emprego ao longo de seu contrato com a empresa prestadora de serviços, causando completo impedimento de sua socialização no trabalho e de formar um consenso de grupo, tornando mais difícil também, provar, por via judicial, os direitos que podem ter sido lhes suprimidos.

Na prática, no setor judiciário, a atividade terceirizada contribui para atrapalhar a identificação do real empregador daquele trabalhador terceirizado que procura a Justiça do Trabalho para tentar recuperar a dignidade que perdeu realizando uma atividade de forma precária e as vezes não sabe ao menos de quem cobrar seus direitos.

Para o Juiz Jorge Luiz Souto Maior, a terceirização no setor privado já é um abuso, trazer a terceirização para o setor público, seria um erro maior ainda (MAIOR, 2005):

Por que trazer toda essa agressão aos direitos humanos para a execução das tarefas do próprio Estado? O esforço da comunidade jurídica deve ser o de

extirpar do mundo do direito, na esfera privada, a terceirização. Trazê-la, assumidamente, para o setor público, onde sequer a lógica do lucro tem algum valor, é uma brutalidade.

A normatividade constitucional e infraconstitucional a respeito do tema está consubstanciada no art. 37 e seus incisos I e II da CF:

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

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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

Está, portanto, expressamente ditados na Constituição Federal de 1988, as condições mencionadas para executar os serviços públicos, quais sejam: a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, o concurso público e o acesso amplo. Todos os requisitos para impedir o favorecimento em favor de alguns, o nepotismo e parceria entre o setor público e as camadas privilegiadas da área privada. Resta, portanto, que as execuções dos serviços públicos devem ser precedidas do concurso público. Nesse sentido, a contratação de trabalhador terceirizado para prestar serviços para a Administração, fere o princípio do acesso público.

Ao entender que um ente público possa realizar os serviços públicos por meio de uma empresa intermediadora de mão-de-obra, estará ferindo o requisito do concurso público e, também, admitindo o favorecimento de uma pessoa que estará exercendo função pública sem as garantias do concursado e recebendo o dinheiro público sem justificativa.

Portanto, se a Administração Pública, quer contratar um servidor, deve contratá-lo mediante realização de concurso público, pois será aberto a todos os cidadãos e será respeitado as condições pessoais exigidas no que tange a qualificação profissional, justificada em razão da tarefa a ser realizada.

Há também previsão, na Constituição Federal de 1988, no mesmo artigo 37, no inciso XXI, de que o ente público pode contratar serviços por meio de licitação:

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

Porém, percebe-se que os serviços que estão expressos no inciso XXI não poderão ser contrários a regra prevista nos incisos I e II. Se a Administração Pública pudesse contratar qualquer obreiro para que lhe preste serviços por intermédio de uma empresa interposta, teria como consequência a ineficácia dos incisos I e II do artigo 37 da Constituição Federal, porque ficaria à mercê da conveniência do administrador abrir concurso ou contratar uma empresa, esta que estaria incumbida de escolher os trabalhadores que prestarão os serviços públicos, sem os requisitos próprios do poder público e sim somente os postulados do direito privado.

Analisando então o artigo 37 integralmente, o termo “serviços” nele expresso só poderá ser entendido como uma exceção, que ocorre fora da realidade permanente da administração e que seja para atender uma requisição e necessidade do ente público. Para esses serviços, poderá o poder público contratar uma empresa especializada, somente nessas condições.

Uma alegação constitucional para o exercício da técnica da terceirização no setor público se justifica pela busca máxima da eficiência administrativa. Uma vez que a terceirização de tarefas de apoio e instrumentais permitem que os recursos humanos e materiais da Administração Pública se concentre no cumprimento de suas competências legais, favorecendo o princípio constitucional da eficiência.

Contudo, a terceirização irrestrita, sem limites, em atividades que compõem competências nucleares e essenciais da Administração Pública, fere o princípio constitucional da organização funcional da Administração Pública, que implica de um quadro de pessoa próprio, profissionalizado, para a prática de atividades contínuas e concretas do interesse público.

No que lhe diz respeito, a organização funcional da Administração Pública impõe que predomine as relações de trabalho sejam firmadas diretamente entre o Poder Público e seus servidores, submetidos ao regime de direito privado ou estatutário, desde que sempre vinculado a promoção das competências institucionais do Estado.

Quando viabilizada a admissão imoderada de pessoal nas atividades nucleares do Poder Público, a terceirização sem limites acaba violando também os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, quando troca o concurso público de servidores pela licitação de empresas com seus trabalhadores terceirizados, cria espaço que possibilita a desordem entre o público e o privado, possibilitando aqui, por exemplo, o nepotismo. Nega-se, portanto, o elemento constitucional democrático da concorrência como critério objetivo e impessoal de escolha do quadro de servidores públicos, violando diretamente o inciso II do artigo 37 da Constituição.

João Trindade Cavalcante Filho adverte sobre a terceirização de atividades-fim de órgãos e entidades da Administração Pública, seria um potencial desprezo do conteúdo do princípio constitucional do concurso público (CF, art. 37, II). Assevera *in verbis*:

De acordo com a teoria do núcleo essencial, embora nenhum princípio possa ser considerado absoluto, a restrição incidente sobre ele não pode ser de tal monta que termine por esvaziar seu conteúdo. Em outras palavras: a restrição é possível, mas não pode ser tão profunda que torne inócuo o princípio.

Permitir a terceirização das atividades-fim de órgãos e entidades da Administração Pública configura uma violação ao núcleo essencial do princípio constitucional do concurso público.

Com efeito, admitir a terceirização nas atividades-meio restringe a aplicação do princípio do concurso. Trata-se, porém, de restrição pontual e, portanto, admissível, uma vez que lastreada em razão justificada. Entretanto, a aplicação dessa prática às atividades-fim terminaria por tornar letra morta a regra do concurso público. Afinal, para que o administrador público contrataria servidores concursados, assumindo a Administração o ônus previdenciário (e, no caso dos celetistas, trabalhista), se pudesse contratar uma empresa que terceirizasse a prestação desses serviços?

A terceirização de atividades-fim no âmbito administrativo significaria, portanto, a redução drástica das vagas em concursos públicos, ou da própria realização dessa espécie de certame. O inciso II do art. 37 passaria, de regra, a exceção.

Por isso, para que a Administração Pública atenda aos princípios constitucionais, a terceirização tem que ser pactuada pelo poder legislativo como uma maneira residual

em relação à contratação direta de servidores públicos, sendo, portanto, inconstitucional a proposta legislativa que não tenha esses limites.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é justamente nesse sentido, no qual as atividades permanentes e necessárias à realização das atividades de competência legal dos entes públicos devem ser aplicadas aos empregados e servidores públicos, sob pena de ferir a determinação constitucional contida nos incisos I e II do artigo 37 da Constituição Federal de 1988:

Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, assim ementado: “I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONTRATAÇÃO MEDIANTE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. Agravo de instrumento a que se dá provimento, em face de potencial ofensa ao art. 37, II, da Constituição Federal. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONTRATAÇÃO MEDIANTE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. 1. O Excelso STF, ao apreciar a ADI nº 1717-6/DF e declarar a inconstitucionalidade do ‘caput’ e dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do art. 58 da Lei nº 9.649/98, reafirmou a natureza jurídica autárquica dos conselhos de fiscalização profissional. 2. Verifico, contudo, que tal caráter se dá exclusivamente diante do exercício de atividade típica de Estado, no que concerne à inscrição e fiscalização de profissões regulamentadas. 3. Vale lembrar que tais entidades apresentam patrimônio e receita próprios, completamente desvinculados do orçamento público. 4. Por tais razões, firmou-se nesta Corte o entendimento de que os conselhos de fiscalização não se inserem no âmbito da Administração Pública direta ou indireta, sendo desnecessária a contratação de pessoal mediante prévia aprovação em concurso público. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.” O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente sustenta violação ao art. 37, caput e II, da Constituição. (...) Diante do exposto, com base no art. 932, V, c/c o art. 1.042, § 5º, do CPC/201 e no art. 21, § 2º, do RI/STF, dou provimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 17 de agosto de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (STF - ARE: 1037437 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 17/08/2017, Data de Publicação: DJe-187 24/08/2017)

Outra ementa que demonstra também a necessidade do concurso público, julgada pelo STF em 2014:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA AUTÁRQUICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INOVAÇÃO NÃO PERMITIDA NESTA

FASE RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Os conselhos de fiscalização profissional submetem-se ao que determinado pelo art. 37, II, da Constituição Federal, sendo, portanto, imprescindível para a contratação de seu pessoal - seja de servidores ou de empregados públicos - a realização de concurso público. II – O agravante inova em suas razões recursais, não sendo, portanto, possível conhecer da matéria não discutida na origem. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE: 758168 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Apesar de a Constituição da República não tratar literalmente em seu texto sobre o fenômeno da terceirização, ela dispõe sobre vários princípios e valores que são inteiramente violados quando há prática da contratação de trabalhadores terceirizados.

Por todas essas razões, fica evidente que a terceirização irrestrita, principalmente no setor público, infringe diretamente princípios e regras contidos na Constituição Federal, intimados a garantir o regime democrático e respeito aos valores da Administração Pública.

A terceirização na iniciativa privada permite que a empresa foque somente na sua vocação nuclear, porém acaba reduzindo a eficácia dos direitos fundamentais para esses trabalhadores. No setor público, quando praticada além das atividades somente instrumentais e de apoio, diminui a eficácia de princípios constitucionais do regime democrático, como os princípios da impessoalidade e da organização funcional da Administração Pública.

Por essa razão, a prática da terceirização, estabelecida por razões de ordem econômica, para atender genuinamente ao interesse constitucional da livre iniciativa e para satisfazer o princípio da eficiência na Administração Pública, deve limitar-se a um patamar mínimo imprescindível para a realização destes princípios. O que ultrapassar esse patamar mínimo, é excesso que somente responde aos interesses da livre iniciativa, descumprindo de forma desproporcional os outros valores constitucionais de igual relevância.

É preciso então que se observe o princípio da proporcionalidade, pois que o sacrifício de um interesse ou valor constitucional só é admissível quando há a preservação de outro princípio igualmente constitucional.

Quando se propõe a terceirização irrestrita, tanto na iniciativa privada, quanto no âmbito da Administração Pública, acaba promovendo o desequilíbrio de valores constitucionais, instituidores do Estado Democrático de Direito, sobrestimando a conveniência da iniciativa privada em detrimento dos direitos sociais dos trabalhadores e dos princípios reguladores da Administração Pública.

Deste modo, analisando que, diante da celeuma entre valores ou interesses constitucionais, o princípio da proporcionalidade determina solução que permaneça a integração entre a hierarquia e a norma constitucional, sob essa visão, conclui-se que novos dispositivos que admitem a terceirização nas atividades finalísticas das empresas e na Administração Pública, revelam-se irremediavelmente inconstitucionais.

É inevitável o enfoque constitucional do tema. É preciso que o Supremo Tribunal Federal se posicione nesta questão, todavia, conhecendo a realidade da terceirização e o mundo do trabalho, por intermédio de representantes dos trabalhadores e das instituições públicas e privadas designadas para defender o trabalho e o Direito do Trabalho.

### 3.3 JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

Como afirmado anteriormente, 5 novas ações questionam no Supremo Tribunal Federal sobre a Lei nº 13.429/2017, a nova Lei da Terceirização, e aguardam julgamento, cujos exames têm a capacidade de aperfeiçoar consideravelmente a figura da terceirização, por conseguinte, de determinar a conformação jurídica das relações de trabalho no Brasil.

Todas sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, a ADI nº 5685, ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade; as ADIs nº 5686 e nº 5687, ajuizadas, respectivamente pela CNPL e o PT, e PCdoB; a ADI de número 5695, que foi ajuizada pela CNTQ e pela Conacovest; e a ADI 5735, ajuizada pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, no qual aponta vícios na tramitação do projeto legislativo que derivou a lei, sustentando que o texto sancionado fere dispositivos constitucionais.

Essas são as ações que já foram ajuizadas após a Lei nº 13.429/2017 e já analisadas anteriormente neste trabalho. Porém, não é recente os questionamentos feitos ao STF sobre a Terceirização. Há dois agravos em recurso extraordinário que tiveram a repercussão geral reconhecida: o ARE 791.932, de relatoria do ministro Teori Zavascki, e o ARE 713.211, de relatoria do ministro Luiz Fux. E têm-se ainda, de grande relevância, RE 760.931, que trata da responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização.

Diante de tantos questionamentos e debates em relação à terceirização, é essencial que a corte seja capaz e esteja preparada para formar decisões que explorem os elementos que constituem as pretensões colocadas em todos os pleitos e que envolvem fundamentais probabilidades de análise constitucional.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal está sempre diante do desafio de instituir uma harmonia institucional com a Justiça do Trabalho, nesse litígio frequente entre a corte e os juízes e tribunais que desempenham a jurisdição ordinária.

Nesse seguimento, no julgamento de uma ação constitucional, existindo a necessidade da corte constitucional determinar a adequada acepção do questionamento jurídico que lhe é indagado, o tribunal constitucional deverá considerar o entendimento e a jurisprudência os já firmados pelos juízes e tribunais ordinários,

mesmo que tenha de redefini-los de acordo seu juízo de acordo a Constituição. Sem haver desvalorização da competência do STF no sentido de garantir a supremacia da Constituição, é essencial que o tribunal se esforce para compreender os sentidos e os conceitos apresentados pela Justiça do Trabalho em suas decisões, para que a unidade e organização do sistema jurídico seja reforçado.

Como exposto na Súmula 331 do TST, é proibido que se terceirize a atividade-fim da empresa. Assim, as empresas que contratassem o trabalhador para exercer com a atividade-fim do empreendimento, estaria obrigado a estabelecer relação de emprego com este, fundamentado pelo princípio da primazia da realidade.

Conforme decisão do ministro do TST, Cláudio Mascarenhas Brandão:

TST - RECURSO DE REVISTA RR 1019000820125170131 (TST)

Data de publicação: 06/03/2015

Ementa: RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015 /2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DESCARACTERIZADA A CONDIÇÃO DE DONO DA OBRA. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 191 DA SBDI-I. SÚMULA Nº 331, IV, DO TST. O Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto fático-probatório, registrou que os serviços desenvolvidos pelo autor se inseriram na atividade-fim da empresa que é ligada à mineração, porque ele trabalhou na realização de serviços de manutenção civil e preservação da faixa de servidão do mineroduto. Portanto, não se caracteriza a condição de dono da obra, nem é hipótese de se aplicar a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista de que não se conhece. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ABRANGÊNCIA. A responsabilidade subsidiária abrange todas as parcelas deferidas ao reclamante, resultantes da prestação de serviços em prol do tomador. Nesse sentido a Súmula nº 331, VI, do TST, com a qual se coadunou a decisão regional. Recurso de revista de que não se conhece.

Encontrado em: 7ª Turma DEJT 06/03/2015 - 6/3/2015 RECURSO DE REVISTA RR 1019000820125170131 (TST) Cláudio Mascarenhas Brandão

No ARE 791.932, com relatoria do ministro Teori Zavascki, o recurso interposto pela CONTAX S/A, teve origem em reclamação trabalhista ajuizada por uma atendente contratada pela recorrente, prestadora de serviços de call center, para trabalhar na Telemar Norte Leste S/A. Discute-se, a teor do acórdão que reconheceu a repercussão geral, especificamente, a impugnação oferecida volta-se contra decisão do TST de ignorar o sentido literal da expressão “atividade inerente” constante da Lei 9.472/97, que, segundo alega o recorrente, autorizaria a terceirização sem a restrição da atividade-fim.

Nos autos ao ARE 713.211, sob relatoria do ministro Luiz Fux, no qual trata-se de Recurso Extraordinário interposto por Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra). A repercussão geral fez referência à terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa. A discussão se trata da possibilidade de uma empresa de produção de celulose poder contratar outra empresa para atividades de florestamento e reflorestamento, já que a empresa de celulose indica, em seu objeto social, a execução dessas atividades. A decisão da repercussão geral apontou como questão constitucional a fixação de parâmetros para a identificação do que representa atividade-fim.

Nesse contexto, o acórdão sugere que a proibição da terceirização da atividade-fim seria um princípio a ser seguido, sendo necessário que se apure melhor os padrões para identificar a atividade-fim.

Nos dois casos acima, verifica-se que a discussão foi sobre o que se pode entender por atividade-fim. Surgiu o essencial questionamento que justificaria a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sob a visão da jurisdição constitucional. O que a Justiça do Trabalho já vinha se debruçando há décadas sobre esse problema. Todavia, o que era para já estar estabilizado, a partir da edição da Súmula 331 do TST, se tornou necessária a definição do que deva se entender por atividade-fim no contexto de terceirização.

Porém, de forma contrária ao que a análise individual das ações referidas possa sugerir, o questionamento apresentado ao STF não se delimita a conceituar e identificar a atividade-fim, vai além, incube também ao STF analisar sob o prisma de valores constitucionais relevantes, tais como os direitos fundamentais dos trabalhadores, a proteção da propriedade privada e a livre iniciativa.

O Supremo Tribunal Federal tem a oportunidade de conferir uma narrativa coerente no julgamento das duas ações hoje em trâmite, incumbe a ele, portanto, a reflexão do tema a partir da reconstrução histórica de sua significação, considerando os valores constitucionais e a cultura e sociedade que nos cercam.

Os dois processos acima não guardam relação com o Recurso Extraordinário 760.931, que teve como relatora a Ministra Rosa Weber, e que teve reconhecida a repercussão geral do questionamento constitucional do que trata o processo, e que

buscava definir sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços.

Ao Recurso Extraordinário, com repercussão geral, foi decidido que “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”, conforme o acórdão:

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, em conhecer em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele dar provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux. Em assentada posterior, em 26/04/2017, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro LUIZ FUX, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*”. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 30 de março de 2017.

#### **LUIZ FUX - REDATOR PARA O ACÓRDÃO**

O fundamento da União, em seu recurso extraordinário, com fulcro no art. 102, III, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal, e pleiteando a existência de repercussão geral da matéria, aponta a violação dos arts. 5º, II, 37, *caput*, 97 e 102, § 2º, do texto constitucional, quando mantida a responsabilidade subsidiária que lhe fora imputada, nas instâncias ordinárias, pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços terceirizados, em desobediência ao quanto decidido na ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal.

Assegura que a Corte trabalhista declara a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/931, mesmo já afirmada sua constitucionalidade pelo STF, ao julgamento da referida ADC nº 16, e proibida, portanto, a responsabilização subsidiária do ente público, tomador dos serviços, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Acrescenta que somente de forma eventual, quando for comprovada a culpa *in vigilando*, fica autorizada a responsabilização subsidiária, porém, não podendo ser presumida.

A Federação Nacional das Empresas de Serviços e Limpeza Ambiental defende que a imprensa sempre divulga que os trabalhadores das empresas terceirizadas não recebem suas remunerações e que, muitas vezes, a falta de pagamento ou de cumprimento da lei por parte da Administração Pública não é por falta de recursos e sim descaso, até porque os contratos administrativos são precedidos de licitação, sendo esses valores empenhados e previstos anteriormente no orçamento do ente público.

O Colégio Nacional de Procuradores-gerais dos Estados e do Distrito Federal sustenta que, como foi reconhecida a constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93, a Administração Pública não pode ser condenada a pagar por responsabilidades trabalhistas não quitadas pela empresa contratada para a prestação de serviços, independentemente de culpa”.

A VALEC, empresa pública, também sustenta ser inadmissível responsabilidade objetiva ou subjetiva, pois há um desajuste nas decisões judiciais que afastaram a incidência de aplicação do art. 71, §1º da Lei nº 8666/93, com base na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, defendendo que a transferência da responsabilidade pelo inadimplemento dos direitos trabalhistas, pelos contratados, na execução de serviços prestados à Administração Pública, não poderá ser automática.

A ministra Rosa Weber afirma que se trata de matéria infraconstitucional e seria de competência da Justiça do Trabalho enfrentar tal matéria, in verbis:

E, nesse enfoque de multiplicação de controvérsias e de processos – são 50 mil processos sustados, fora um número ainda superior de processos em andamento, versando sobre esse mesmo tema –, é que me animo a enfrentar a matéria com o encaminhamento que vou propor.

Confesso a Vossas Excelências que, para mim, com ressalva das questões já pacificadas na Corte, a matéria é infraconstitucional. Quem haveria de dizer como deveriam ser resolvidas, na minha visão, é o Tribunal Superior do Trabalho, assim como em outros processos que aqui enfrentamos, sobretudo de natureza previdenciária, eu me manifestei no sentido de que a última palavra deveria ser do STJ, e não, com todo respeito, do Supremo Tribunal Federal.

E afirma que quando não adimplidas as obrigações trabalhistas devidas aos seus empregados pela empresa prestadora de serviços, incumbe à tomadora dos

serviços, a Administração Pública, comprovar, que estava desincumbida dos deveres impostos pela legislação, quanto ao acompanhamento e fiscalização da execução do contrato. Conforme fala:

Concluir pela irresponsabilidade estatal ou pela imposição do encargo probatório ao trabalhador, em hipóteses como a debatida, implicaria desconsideração do valor social do trabalho e dos princípios trabalhistas, que visam a assegurar o resguardo dos direitos fundamentais do trabalhador e do princípio da dignidade humana, em homenagem à nova ordem constitucional. O mesmo Poder Público que exige dos empregadores privados, por meio das suas regras de caráter cogente, o cumprimento da totalidade do conjunto das obrigações trabalhistas deve se esmerar para que essas sejam honradas em relação àqueles que lhe prestam serviços.

Edson Fachin também entende que quando da configuração de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, o ente público por ter faltado com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços por ele contratada, deverá ser responsabilizado:

O entendimento que prevaleceu nos inúmeros julgados monocráticos e colegiados sobre este tema é o de que se o ato impugnado reconheceu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas, com base na análise das provas produzidas no curso do processo, afirmando expressamente a configuração de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, o ente público deverá ser responsabilizado por ter faltado com o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da devedora principal.

Sendo assim, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarada na ADC nº 16, proíbe a transferência automática dos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato de prestação dos serviços para a Administração Pública.

Porém, há a atribuição de responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento, por parte da prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas, em caso de culpa comprovada. E, imprescindível concluir que o dever de demonstrar o cumprimento dos deveres de fiscalização, decorrentes da Lei de Licitações, é da Administração Pública que foi quem se beneficiou com os serviços prestados.

## **4. RESPONSABILIDADE DAS ESTATAIS TERCEIRIZANTES**

### **4.1 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N.16/STF**

A responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização, quando as empresas contratadas não cumprem suas obrigações trabalhistas, é um tema controverso que sempre trouxe questionamentos e divide as áreas de Direito do Trabalho e do Direito Público.

A antiga redação da Súmula 331, do TST, afirmava que o tomador dos serviços responderia subsidiariamente pelas verbas trabalhistas, não distinguindo os entes da Administração Pública com os particulares:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Por sua vez, o art. 71, §1º da Lei 8.666/93 declara que o ente público não arcará com os encargos fiscais, trabalhistas e comerciais provenientes do descumprimento do contrato. A inadimplência do contratado, com relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere a responsabilidade à Administração Pública.

Assim exposto:

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

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

§ 2º A Administração poderá exigir, também, seguro para garantia de pessoas e bens, devendo essa exigência constar do edital da licitação ou do convite.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho (2004, p.544) afirma:

Também fica expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratante. A

Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiariamente frente aos credores do contratante. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante os terceiros.

Em princípio, qualquer litígio entre o particular e terceiros resolve-se no estrito âmbito entre eles, sem acarretar sacrifício da posse da Administração Pública. Aplica-se o princípio de que, afetado o bem ao interesse público, o Estado adquire o domínio sobre ele. Logo, o terceiro não pode pretender reintegrar-se na posse de bens transferidos à Administração Pública, mesmo se o contratado tiver inadimplido os deveres assumidos quando da aquisição do bem.

Já na visão de Pamplona (2012), “este dispositivo é uma pérola para a análise crítica do pensador do direito”.

De fato, em primeiro lugar, o destaque se a situação flagrantemente anômala de convívio entre a total irresponsabilidade (parágrafo 1º) e a solidariedade absoluta (parágrafo 2º), sem que haja uma justificativa legal razoável para esse tratamento desigual.

Por outro lado, imagine-se a situação surreal que poderia ser vivenciada em um processo trabalhista, com o advento da emenda constitucional 20/98, que inseriu o parágrafo 3º ao artigo 114. Isto por que, pela sua aplicação, seria afastada a responsabilidade da administração no que diz respeito às verbas decorrente do contrato de trabalho, mais se admitiria a sua execução pelas verbas acessórias de natureza previdenciária.

O que expõe a Súmula n.331 do TST é que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica responsabilidade subsidiária do tomador, inclusive quantos “aos órgãos da administração direta, das autarquias, das funções públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

Quando o Estado, como tomador, contrata empresa inidônea, que deixa de pagar os direitos trabalhistas, torna-se corresponsável pelo ato. Haveria então oposição entre a Lei n.8.666/73, art.71, Súmula, que afasta a responsabilidade subsidiária da administração, e a Súmula, que prevê.

Esta exclusão, se executada conforme dita a Lei de Licitações, seria um desrespeito frontalmente ao clássico princípio constitucional que é o responsabilizatório dos entes estatais, a norma da responsabilidade objetiva do Estado.

Portanto, sob a alegação de que o entendimento do TST correspondia à não aplicação do artigo 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, foi ajuizada pelo governador do Distrito

Federal, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADC n. 16, perante o STF, para que confirmasse a constitucionalidade do referido dispositivo.

O Supremo Tribunal Federal, pronunciou em 2010, a constitucionalidade do parágrafo 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, impossibilitando à Justiça do Trabalho a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma imediata, só pelo inadimplemento dos direitos trabalhistas, tal como era interpretado o inciso IV da Súmula n.331 do TST.

Com efeito *erga omnes* e por maioria dos votos, o STF determinou pela constitucionalidade do art. 71 e o seu parágrafo único, além da designação ao TST da não vulgarização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, necessitando, assim, averiguar, caso a caso, se o inadimplemento da empresa prestadora teve por motivo básico a falha ou carência de fiscalização pelo órgão público que contratou, como exemplo os casos de contratação sem licitação e de dispensa ilegal do processo licitatório.

Para o Ministro Ayres de Brito, como a terceirização não tinha previsão constitucional, diante da inadimplência de obrigações trabalhistas, o poder público devia ser responsabilizado.

O STF motivou que a constitucionalidade do artigo não apregoava a irresponsabilidade dos entes da administração pública, mas sim que estes não responderiam somente pelo fato de terem sido os tomadores do serviço, sendo necessário que no caso concreto ficasse demonstrada a culpa do ente administrativo.

De tal modo, a decretação da constitucionalidade do art. 71 pelo STF não sugere na declaração inflexível de que a Administração Pública está isenta da responsabilidade subsidiária diante do inadimplemento dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora.

Evidencia então, que os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV da Súmula 331, do TST, apenas se provada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, de maneira especial na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, sendo a mera inadimplência do contrato não apta a transferir a responsabilidade pelo

pagamento dos encargos ao Poder Público, podendo, nada obstante, referida responsabilidade preponderar no caso de falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Diante desse quadro, a Súmula 331 do TST sofreu alteração em maio de 2011 e o entendimento jurisprudencial consolidado se encontra em harmonia com a decisão da Suprema Corte. Em pesquisa recente verifica-se que o TST conclui alguns julgados, envolvendo terceirização no setor público, após o pronunciamento do STF na ADC nº 16, como as seguintes decisões abaixo transcritas:

TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DOS SERVIÇOS. Se o ente público contrata com empresa prestadora de serviços economicamente inidônea, causando prejuízos ao trabalhador, deve ser condenado subsidiariamente pelo pagamento do débito trabalhista, por sua culpa in eligendo e in vigilando. Recurso interposto pela União a que se nega provimento no item. (TRT-4 - RO: 00208402420155040663, Data de Julgamento: 05/12/2016, 9ª Turma)

TERMO DE PARCERIA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA. A terceirização, mediante termo de parceria, na qual entidade da administração pública transfere a prestação de serviços a trabalhadores vinculados a empresa prestadora de serviços e sem a adoção das cautelas necessárias quanto à escolha da empresa parceira (culpa in eligendo) e quanto à fiscalização do cumprimento das leis trabalhistas (culpa in vigilando) possibilitam a condenação da Administração Pública de forma subsidiária pela totalidade das obrigações trabalhistas, a teor da súmula 331 do C. TST. Recurso ordinário conhecido e não provido. (TRT-16 08138000720125160023 0813800-07.2012.5.16.0023, Relator: JOSÉ EVANDRO DE SOUZA, Data de Publicação: 30/09/2016)

TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FISCALIZAÇÃO EFETIVA DO CONTRATO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INEXISTÊNCIA. Diante do entendimento externado pela Suprema Corte, em julgamento com repercussão geral reconhecida, nos autos do Recurso Extraordinário 760.931, a Administração Pública não responde, solidária ou subsidiariamente, quando houver demonstrado a efetiva fiscalização do contrato mantido em face da prestadora de serviços. Recurso desprovido no tema. (TRT-4 - RO: 00200530220165040811, Data de Julgamento: 05/07/2017, 6ª Turma)

Pelo exposto, fica evidenciado que a Administração Pública não pode ser responsabilizada imediatamente pelo inadimplemento das obrigações ocorridas do contrato de trabalho, devendo a Justiça do Trabalho analisar o caso concreto, se houve falta ou erro na fiscalização das atividades terceirizadas, para, tão-somente nesse caso, advir a responsabilidade subsidiária sobre a Administração Pública.

## 4.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO X DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como explanado anteriormente, com o julgamento da ADC n.16, em que o STF adotou o entendimento de que compete à Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas decorrentes da atividade terceirizada de serviços quando existir a culpa in vigilando, porém, fica o questionamento de que tal argumento infringiria ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o qual orientaria as relações entre a Administração Pública e os particulares, em favor de uma estruturação jurisprudencial inclinando ao privilégio do direito privado.

Para que se analise a questão envolvendo os direitos dos trabalhadores terceirizados e a Administração Pública, é preciso que se analise se o referido princípio prevaleceria quando conflitado com os direitos fundamentais trabalhistas, como por exemplo, para conferir privilégio quando se refere ao parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

A supremacia do interesse público estaria como critério justificador da ausência de responsabilidade da administração pública pelos créditos trabalhistas decorrentes da terceirização de serviços? A partir dessa premissa, será feito então, uma breve análise para que possa solucionar os conflitos entre este princípio e os direitos fundamentais.

Conforma preleciona Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p.60 e 61), a supremacia do interesse público “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”. E acrescenta:

Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de construir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.

Para Di Pietro, a supremacia do interesse público é também chamado de finalidade pública e “está presente tanto no momento da elaboração da lei como no

momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”. (2004, p.68)

Matheus Carvalho conceitua a supremacia do interesse público como “uma pedra fundamental na noção de Estado organizado” e afirma (2017, p.62):

Sendo relevante para a formação de qualquer estrutura organizacional de poder público, como condição de convívio social no bojo da sociedade organizada. Não se trata de princípio expresso, ou seja, não está escrito no texto constitucional, embora existam inúmeras regras que impliquem em suas manifestações de forma concreta; para isso podemos nos referir a institutos correlatos dispostos na Constituição da República, como a possibilidade de desapropriação (5º, XXIV), a requisição administrativa (5º, XXV) entre outras prerrogativas que submetem os direitos do cidadão às restrições impostas pelo Estado.

Consoante Carvalho Filho (2015), a supremacia do interesse público “trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais”.

De acordo com o princípio da supremacia do interesse público, as atividades administrativas são realizadas pelo Estado em benefício da coletividade. Não é, portanto, o indivíduo o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social.

Fazendo uma análise do princípio da supremacia do interesse público, de acordo com o entendimento dos doutrinadores mencionado anteriormente, percebe-se que não se harmoniza com o entendimento de que a premissa seria apenas a preservação da vontade da Administração e que o disposto na Lei de Licitações isentaria a Administração da responsabilidade pela satisfação dos direitos trabalhistas decorrentes da atividade terceirizada.

Refletindo-se acerca do que foi relatado, faz-se necessária agora uma análise mais aprofundada acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Para José Afonso da Silva, os direitos fundamentais do homem “não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”. (2003, p.178)

Conforme Dirley da Cunha Junior: (2017, p. 540)

Os direitos humanos fundamentais não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes que obrigam e vinculam os Estados no plano interno e externo.

Nascido com o Estado Social, e se confunde com o conceito de bem comum, o princípio do interesse público, não coloca em risco os direitos fundamentais, pois, ele deve ser aplicado em conformidade com os demais princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Ele traduz-se na mais perfeita efetivação possível à vista da situação concreta a ser contemplada, da pretensão constitucional, dos valores fundamentais que devemos preservar.

Há um interesse público que não pode deixar de ser tutelado. No entanto, tal princípio não poderá predominar absolutamente sobre um direito fundamental, sendo preciso que haja ponderação entre os princípios para se verificar, no caso real, qual prevalecerá, até porque os direitos fundamentais também fazem parte do conceito de interesse público.

E a supremacia do interesse público sendo um conceito jurídico indeterminado, é necessária a utilização da razoabilidade na sua interpretação, permitindo uma ponderação entre o direito público e o individual em conflito.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores estão consagrados na Constituição Federal de 1988, inseridos no capítulo dos Direitos Sociais. Trata-se, assim, de direitos fundamentais constitucionais, na qual sua observância está plenamente inerente à efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana, juntamente com os valores sociais do trabalho e que compõem os fundamentos da República Federativa do Brasil.

Portanto, não há como afirmar que os direitos dos trabalhadores são somente direitos privados, pois que são direitos fundamentais e seu cumprimento é imperativo, tanto pela Administração, quanto para os cidadãos. Além disso, sendo considerados

como direitos fundamentais, os direitos dos trabalhadores se encaixam como exata qualidade de direitos humanos.

Bem como afirma Ricardo Pereira (2015):

Quando se perde o referencial social do tratamento com igual consideração e respeito vulneram-se os direitos fundamentais. A dimensão moral desses direitos os dota do caráter questionador e transformador de situações que estão em desconformidade com os enunciados que os consagram. Assim, preservam a condição do ser humano como fim em si mesmo e não como instrumento de satisfação de interesses alheios, assegurando processos de emancipação dos sujeitos submetidos a vínculos hierárquicos de dominação, no âmbito econômico, social e político. Os direitos fundamentais se voltam contra a exploração e as práticas que afastam os seres humanos dos bens destinados à satisfação de necessidades básicas, situando-os abaixo de um padrão que os excluem da vida comum.

Considerando a supremacia do interesse público como um princípio implícito da Constituição Federal, quando colidido com o princípio da proteção ao trabalhador, que decorre do princípio da dignidade humana e o princípio da igualdade. Qual princípio prevaleceria então?

Verifica-se que no julgamento da ADI nº 16, o STF empregou o princípio da proporcionalidade ao esclarecer o alcance do parágrafo 1º do art. 71 da Lei n.8.666/93.

Não obstante o artigo citado tenha sido entendido como constitucional, a Administração não pode se isentar de fiscalizar a execução do contrato, principalmente quando se trata do cumprimento de normas trabalhistas, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da moralidade, sendo fundamental que sejam observados os direitos fundamentais trabalhistas.

Já que é preciso a terceirização de serviços pela Administração Pública, todavia, sua responsabilização quando há o descumprimento do seu encargo de fiscalizar é justificada pela obrigação de observância dos princípios fundamentais trabalhistas, da dignidade da pessoa humana e da moralidade.

Essa é a interpretação que melhor compreende na realidade atual, resguardando tanto os princípios constitucionais trabalhistas, da dignidade da pessoa humana, quanto da moralidade e da supremacia do interesse público, já que o atendimento aos direitos fundamentais é de interesse basilar da coletividade, vigendo simultaneamente com outros princípios como o da moralidade, eficiência e legalidade.

Respondendo ao questionamento anterior feito, a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADC nº 16 derivou de uma ponderação dentre todos os interesses abarcados, uma vez que todos envolviam interesses primários e que deveriam ser observados.

Foi verificado, deste modo, pela Corte Julgadora, a adoção do princípio da proporcionalidade, entendendo que mesmo que a Lei de Licitações prevê que a Administração não responderia pelos encargos trabalhistas decorrentes do inadimplemento das parcelas do contratado, não revelava que ela não deveria ser responsabilizada caso fosse verificada a sua culpa in vigilando, ou seja, quando houvesse erro na fiscalização, durante a execução do contrato, do cumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada.

### 4.3 PRECARIZAÇÃO DOS SERVIÇOS E IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Afirma-se que a terceirização permite que a empresa se preocupe mais densamente com as atividades que constituem a finalidade central de seu empreendimento. E com isso, a terceirização tornou-se uma técnica de realidade incontestável por todo o mundo do trabalho, que desafia os estudiosos do Direito do Trabalho a encontrar uma resolução jurídica para sua regulação. (MAIOR, 2004)

De acordo Graça Druck e Vitor Filgueiras, a terceirização caracteriza-se como uma verdadeira epidemia (2014):

A relação entre terceirização e precarização do trabalho é direta e demonstrada fartamente pelas pesquisas em todo país, envolvendo diversas abrangências, setores, funções e aspectos da relação de emprego, caracterizando uma verdadeira epidemia. Essa relação é ainda mais radical do que normalmente apresentada, pois atinge os dois aspectos essenciais do assalariamento, quais sejam a dignidade e a própria vida dos trabalhadores. É a realidade vivida pelos trabalhadores terceirizados, em condições precárias, em situações de risco e discriminados, que se contrapõe ao discurso empresarial sobre a terceirização como modernização organizacional, especialização e fonte de empregos.

Diante das evidências reais do trabalho terceirizado, o discurso de que a terceirização gera modernização, especialização, de criação de empregos e a negação da precarização, não se sustenta, como argumenta Druck e Filgueiras (2014):

A defesa da terceirização pelas empresas e a ofensiva do empresariado brasileiro pela sua desregulamentação sustentam-se no discurso da modernização organizacional, da especialização e focalização, e da criação de empregos, negando que ela traz precarização e, quando admitida, é justificada pelas “más empresas” ou “maus empresários”, não se configurando como regra geral. Trata-se de um discurso que não se sustenta diante das evidências e das realidades do trabalho terceirizado pesquisadas.

A terceirização se desvinculou da função histórica que o Direito do Trabalho galgou, o da proteção ao trabalhador, e as empresas que prestam o serviço querendo garantir sua condição, quando não podem automatizar suas funções, acabam precarizando as relações de trabalho, e com a abatimento do custo da obra,

proporcionam um serviço mais barato e acaba ganhando a concorrência diante das outras empresas.

No caso concreto, essa nova técnica de produção, da forma que regulamentada pela Súmula nº 331 do TST, acabou legalizando a atividade terceirizada e “autorizando” a redução dos salários e o agrave das condições de trabalho dos obreiros. Pois os trabalhadores não mais são considerados empregados das empresas que havia a efetiva execução dos serviços e começam a ser acordados como trabalhadores da empresa fornecedora de mão-de-obra, com conseqüente redução dos salários em relação aos que eram pagos e possíveis novas reduções, cada vez que alterada a empresa que presta os serviços. Sem haver continuidade dos trabalhadores nos serviços executados.

Tem-se, também, outro efeito fortemente cruel, em relação à terceirização, que é a irresponsabilidade real em relação à proteção ao ambiente de trabalho. As CIPAs (Comissão Interna de Proteção de Acidentes), não são integralizadas por trabalhadores terceirizados, e estes, como não têm representação sindical, acabam subordinando-se ao trabalho nas más condições que lhe são apresentadas. O espaço de trabalho, sendo assim, é deixado a segundo plano, podendo aumentar significativamente o número de doenças profissionais.

A prática da atividade terceirizada não pode, em nenhuma hipótese, autorizar que os trabalhadores fiquem impossibilitados de receberem totalmente seus direitos trabalhistas de acordo os serviços que prestam. E mesmo que seja permitida a terceirização, o que já acontece, quando considerado que o trabalhador é vinculado a empresa prestadora dos serviços e não a empresa tomadora, é preciso fixar parâmetros, para evitar que a terceirização apague todos os direitos conquistados pela classe trabalhadora até agora.

Devem ser fixados parâmetros jurídicos nos quais devem ser respeitados os mesmos direitos dos empregados da empresa tomadora e os trabalhadores da empresa prestadora, porque a terceirização de mão-de-obra, até quando lícita, não poderá servir de ferramenta para reduzir os custos de mão-de-obra, já que isso viola o princípio básico da isonomia.

Como nos termos da seguinte ementa:

TERCEIRIZAÇÃO. Diante da prova oral produzida, é incontroverso que o reclamante, embora formalmente contratado pelas outras rés, trabalhava em benefício da Ampla Energia e Serviços S/A. Não há dúvida, então, de que a tomadora, valendo-se da intermediação de mão de obra disponibilizada por interposta pessoa, terceirizou tarefas próprias de sua atividade-fim, vinculadas à manutenção, quer seja preventiva, corretiva ou de emergência de suas redes aéreas de distribuição de energia elétrica, tendo em vista que a atividade principal do reclamante era fazer a leitura do medidor de energia elétrica. Ademais, a subordinação, principal elemento qualificador da relação de emprego, é evidente, eis que comprovado que o reclamante recebia ordens dos funcionários da primeira reclamada (Ampla).

(TRT-1 - RO: 00010862120125010264 RJ, Relator: Jose Antonio Teixeira da Silva, Data de Julgamento: 23/06/2015, Oitava Turma, Data de Publicação: 03/07/2015)

Como afirma o Juiz Jorge Luiz Souto Maior (2004), se não for preservada a proteção da dignidade do trabalhador, a terceirização permanecerá sendo utilizada como técnica para fraudar os direitos trabalhistas:

O fato concreto é que, não se reservando um tratamento jurídico à terceirização que preserve a função primordial do direito do trabalho de proteção da dignidade do trabalhador, ao mesmo tempo em que lhe garanta a possibilidade da melhoria de sua condição social, esta, a terceirização, continuará sendo utilizada como mera técnica para fraudar direitos trabalhistas - e, muitas vezes, para desviar obrigações administrativas, quando formuladas no setor público.

Para Ricardo Pereira, a terceirização não afasta o Direito do Trabalho, mas o fragiliza. O seu caráter altamente ideologizado disfarça as suas reais intenções e os meios para alcançá-las, ao tempo em que forja um ideal de progresso e de desenvolvimento econômicos, como símbolos da modernidade, em que o modelo regulatório trabalhista tradicional seria a barreira arcaica que inviabiliza a prosperidade da nação. (PEREIRA, 2015)

A precarização do trabalho no Brasil foi reconfigurada e ampliada, porém, foi levada a um atraso social em todas suas dimensões. Hoje, a terceirização é abrangente e generalizada e está presente tanto nas regiões mais desenvolvidas do país, como São Paulo, quanto nas regiões que mais tradicionalmente são marcadas pela precariedade, como na Bahia.

A terceirização é encontrada nos âmbitos mais dinâmicos e modernos do país, como nas indústrias, mas também se encontra nas mais tradicionais formas de trabalho, como o trabalho rural, autônomo e informal.

Toda essa precarização fica institucionalizada como um método social que prejudica as relações de trabalho, pois traz insegurança e vulnera os vínculos, que acaba fixando perdas de direitos, de emprego, vida e saúde para todos que estão inseridos neste ambiente de trabalho.

A terceirização lícita é caracterizada pela contratação de serviços ligados à atividade-meio, ou seja, os serviços administrativos de apoio. Quando há o inadimplemento das obrigações trabalhistas, o mero descumprimento destas não gera responsabilidade objetiva para o ente público, conforme disposto no § 1º do art. 71 da lei n.8.666/83.

O Supremo Tribunal Federal já declarou constitucional o dispositivo acima mencionado, em decisão proferida na ADC nº 16. Todavia, durante a execução do contrato realizado com a empresa prestadora de serviços, a Administração Pública tem o dever de fiscalizar a execução do mesmo, e, em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis.

Caso a Administração não realize tal atividade, de acordo com o inciso V da súmula 331 do TST, responderá subsidiariamente a estas dívidas trabalhistas inadimplidas pelo prestador de serviços.

Conforme a interpretação da Súmula 331 do TST, quando a terceirização for considerada ilícita, segundo o direito do trabalho, o contrato de trabalho será considerado nulo, e será formado o vínculo com a empresa tomadora de serviços que se responsabilizará pelo pagamento das dívidas trabalhistas.

Porém, caso haja terceirização ilícita na Administração Pública, não será formalizado o vínculo do trabalhador com a Administração Pública. O ente público, portanto, não poderá enriquecer ilicitamente com a prestação de serviços do trabalhador irregular, esta marcada pelas características da subordinação e da personalidade.

Desta forma, como houve o benefício da Administração Pública, sua responsabilidade será subsidiária, respondendo o empregador, empresa terceirizada,

em primeiro plano, segundo o entendimento dado pela doutrina em relação a esses casos e que está de acordo com a súmula 331 do TST.

Por todo o exposto, percebe-se a importância da responsabilização do tomador de serviços e conseqüentemente da Administração Pública, quando figurada neste papel. Em um cenário permissivo a terceirização, o mínimo que se espera é que manutenção da subsidiariedade da tomadora dos serviços. O tomador que já se beneficia de mão de obra mais barata, não pode ainda ser imune das responsabilidades.

A Administração Pública se beneficia da mão de obra barata em favor da coletividade. De tal modo, é dever da mesma, amparar o trabalhador e manter durante todo o pacto laboral a fiscalização para que não ocorram irregularidades que, sendo identificadas advirta a empresa prestadora para não causar danos graves a classe trabalhadora. Já que o trabalhador vende sua força de trabalho, todos beneficiários dessa força são responsáveis pela contrapartida.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi elaborado a partir de estudo bibliográfico sobre terceirização e sua responsabilização no âmbito da Administração Pública, incluindo as legislações e as reformas trabalhistas e administrativas, tendo como foco o levantamento de dados que comprovam os reflexos precarizantes da terceirização nas relações trabalhistas e do âmbito público. Busca-se com a análise, uma reflexão a respeito da precarização do trabalho terceirizado e da forma como está sendo introduzida e ampliada a terceirização no âmbito da Administração Pública. Ressalta-se ainda que, a descentralização teve início com a Reforma Administrativa de acordo com decreto-lei nº 200 de 1967. Nessa linha, foi iniciada a terceirização na Administração Pública.

A questão basilar das mudanças administrativas, destacando a reforma da década de 1990, é a descentralização dos serviços públicos para o setor privado, como é o caso da terceirização de serviços na Administração Pública. A ideia do neoliberalismo aplicado na Administração Pública coopera para a introdução da terceirização de atividades no setor de apoio para que o setor público concentre seus esforços nas atividades essenciais.

O exercício crescente da atividade terceirizada pelo setor privado da economia aliado à lacuna legislativa, provocou, como decorrência, a busca do judiciário para interpretar e criar um caminho jurisprudencial que instituisse as condições de finalidade e aplicabilidade dessa forma de trabalho. Nesse sentido, diante da diversidade de interpretações dos julgados, o TST editou a Súmula 256 de 1986 e depois, a Súmula 331 de 1993, alterando a anterior.

A Súmula 331 do TST implantou a regra indispensável de que a intermediação de mão de obra é ilegal, formando-se o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora do serviço, menos quando se trata do trabalho temporário. Estabeleceu, também, que a contratação de serviço terceirizado pela administração pública não enseja vínculo com a mesma. Estabeleceu, ainda, as hipóteses legais de contratação de mão de obra terceirizada, quais sejam, os serviços de vigilância e de conservação e limpeza e de serviços especializados referentes à atividade-meio.

E reconheceu a responsabilidade subsidiária do tomador, inclusive da administração pública, caso os direitos trabalhistas dos terceirizados não sejam adimplidos pela empresa prestadora.

Por consequência, é grande o prejuízo ao trabalhador terceirizado no âmbito da Administração Pública, sendo visível através da precarização no ambiente de trabalho, da divisão da classe trabalhadora, atrapalhando na negociação coletiva e na representatividade sindical, e, por conseguinte, colaborando para a fragilidade na reivindicação dos direitos trabalhistas. Mostra-se visível também, a discriminação a qual estes trabalhadores estão apresentados, devido a remuneração inferior, a maior duração da jornada e a emprego diferenciado do espaço físico em relação aos outros trabalhadores.

Destaca-se também, como é tratado o terceirizado, porque muitas vezes ele é tratado como se fosse um trabalhador de segunda categoria ou, também, ser tratado como trabalhador invisível. Outra consequência na aplicação da terceirização na Administração Pública é a elevada rotatividade dos trabalhadores. Essa situação é marcada no qual o índice de desemprego é grande e os Direitos Sociais são minorados. Com isso, o trabalhador não tem outra opção a não ser a de adentrar nesse sistema de serviço, submetendo a toda precariedade que lhe é imposto.

Dessa forma, percebe-se que os Direitos de proteção ao trabalhador garantidos na Constituição de 1988 estão cada vez mais sendo enfraquecidos com a atividade terceirizada na Administração Pública. O poder público acaba operando em sentido contrário, ou seja, os direitos que deveriam ser protegidos pelo Estado, são por ele retirados.

Outro item importante a ser ressaltado é que a falta de um marco regulatório favoreceu a expansão das terceirizações, a inexistência de lei que regulamente os direitos dos trabalhadores terceirizados deixou com que a terceirização crescesse sem limites. As legislações existentes estão espalhadas entre os Decretos, Súmulas e hoje tem-se a Lei 13.429/2017, mas já muito atacada por ações junto ao STF.

Tais legislações contêm brechas que mais contribuem para a ampliação da terceirização do que para a proteção dos trabalhadores.

O Supremo Tribunal Federal vem regulamentando vários aspectos da terceirização e tem a oportunidade de conferir uma narrativa coerente no julgamento das ações que tratam da terceirização. Hoje, a responsabilidade da Administração Pública é subsidiária, na interpretação do STF, porém não pode ser presumida, desde que comprovada a culpa *in vigilando*, fica autorizada a responsabilização subsidiária.

Cabe ao Direito preservar os seus princípios adaptando-os as novas realidades. Que a partir de debate com todos os segmentos da sociedade em torno da terceirização no setor público e os reflexos dela decorrentes sobre as relações trabalhistas, principalmente em um contexto de crise econômica e política, seja implementada uma política pública voltada pela dignidade humana, para a valorização do trabalho, distribuição de renda e com inclusão social. Por consequência, os trabalhadores terceirizados e estatutários estarão resgatando os direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988.

## REFERÊNCIAS

ACCARINI, André. **CUT e DIEESE desmentem Folha e O Globo: terceirização precariza salários.** Disponível em: <<http://www.cut.org.br/busca/?q=terceiriza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 15 set. 2017.

AQUINO, de Bernadete. **Agência Indusnet Fiesp.** Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/paulo-skaf-afirma-que-a-lei-da-terceirizacao-deverager-700-mil-empregosano-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 18 set. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 8ª. São Paulo: LTr, 2012.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Aspectos jurídicos materiais e processuais da terceirização trabalhista.** São Paulo: Revista LTr, 2009. Pág. 73-10/1189.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 16.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=16&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. No Recurso Extraordinário.** Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25232731/agreg-no-recurso-extraordinario-re-758168-df-stf>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. No Recurso Extraordinário.** Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492490405/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1037437-sp-sao-paulo>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Notícias.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347835&caixaBusca=N>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Notícias.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341920&caixaBusca=N>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Notícias.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340245&caixaBusca=N>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Notícias.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339887&caixaBusca=N>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho - 4. **Recurso Ordinário.** Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/431239194/recurso-ordinario-ro-208402420155040663#!>>. Acesso em: 17 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho - 1. **Recurso Ordinário.** Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136641170/recurso-ordinario-ro-14837020115010020-rj>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho – 1. **Recurso Ordinário.** Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205239677/recurso-ordinario-ro-10862120125010264-rj>>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho – 16. **Recurso Ordinário.** Disponível em: <<https://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/389977298/8138000720125160023-0813800-0720125160023>>. Acesso em: 16 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho – 4. **Recurso Ordinário.** Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/475781726/recurso-ordinario-ro-200530220165040811>>. Acesso em: 16 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173814592/recurso-de-revista-rr-3091620135030015>>. Acesso em 05 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. Disponível em: <[https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=claudio+brand%C3%A3o+331&id\\_topico=T10000004](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=claudio+brand%C3%A3o+331&id_topico=T10000004)>. Acesso em 17 set. 2017.

CADIDÉ, Iracema Mazetto. **A subordinação estrutural no contexto da terceirização**. São Paulo: Revista LTr, 2010. Pág. 74-05/566.

CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: ed. Atlas, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Salvador: Ed. JusPODVIM, 2017.

CUNHA, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. JusPODVIM, 2017.

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

\_\_\_\_\_. **A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas**. Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 3, jul/set 2014.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. VIANA; Marcio Túlio. **Terceirização – Aspectos gerais – A última decisão do STF e a Súmula n. 332 do TST – Novos enfoques.** São Paulo: Revista LTr, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 15<sup>a</sup>. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17<sup>a</sup>. São Paulo: ed. Atlas, 2004.

DRUCK, Graça; Filgueiras, Vitor. **A epidemia da terceirização e a responsabilidade do STF.** Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 3, jul/set 2014.

Estudos e pesquisas. **Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro.** Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 10<sup>a</sup>. São Paulo: Dialética, 2004.

LORA, Ilse Marcelina Bernadi. **Direitos Fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços.** São Paulo: Revista LTr, 2008. Pág. 72-08/931.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A terceirização sob uma perspectiva humanista.** Rev. TST, Brasília, vol. 70, n- 1, jan/jul 2004.

\_\_\_\_\_. Jorge Luiz Souto. **Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional.** B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.17, p. 87-117 - out./dez. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

Nota técnica. **Impactos da Lei 13.429/2017 (antigo PL 4.302/1998) para os trabalhadores. Contrato de trabalho temporário e terceirização**. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec175TerceirizacaoTrabalhoTemporario.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

Nota Técnica. **Terceirização e precarização das condições de trabalho. Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes**. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração pública**. Revista Diálogo Jurídico. Número 11 – fevereiro de 2002 – Salvador – Bahia – Brasil.

PEREIRA, Ricardo. **Inconstitucionalidade da liberação generalizada da Terceirização**. Revista da ABET, v. 14, n. 1, Janeiro a Junho de 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**, 23<sup>a</sup>. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

SULZBACH, Livia Deprá Camargo. **A responsabilização subsidiária da administração pública de serviços – Princípio da Supremacia do Interesse Público x Dignidade da Pessoa Humana? Repercussões do julgamento da ADC N. 16 pelo STF na Súmula N. 331 do TST**. São Paulo: Revista LTr, 2012. Pág. 76-06/719.