



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO ROMANO SALLES

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO NA
TERCEIRIZAÇÃO**

Salvador

2013

RODRIGO ROMANO SALLES

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO NA
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito
pela Faculdade Baiana de Direito como requisito pra obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO ROMANO SALLES

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO NA
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado força suficiente para conquistar mais uma batalha em minha vida. Agradeço ainda à minha família, a minha namorada e meus amigos pelo incessante incentivo, confiança e carinho à minha pessoa, bem como aos professores que me possibilitaram o acesso ao conhecimento acadêmico para a construção deste trabalho realizado.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a forma de responsabilização do Estado por dívidas trabalhistas inadimplidas pelas empresas prestadoras de serviços na terceirização de serviços. Não existe posicionamento unânime pelos aplicadores e estudiosos do direito quanto ao tema apresentado. Muitos defendem pela não responsabilização da Administração Pública quanto a essas referidas dívidas, tendo em vista a previsão do artigo 71, § 1º da Lei de Licitações, que dispõe de forma expressa pela não transferência de responsabilidade para o ente público. Entretanto, existe um posicionamento contrário previsto na súmula de nº 331 do TST, de que o Estado deve ser responsabilizado de forma subsidiária por essas dívidas. Tendo em vista o aparente conflito existente entre a Lei de Licitações e a referida súmula do TST, foi proposta uma Ação Direta de Constitucionalidade de nº 16 para ser julgada pelo STF. Esta ação foi julgada procedente, solidificando pela constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações. A par da decisão prolatada pelo STF em relação à Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, o TST, no intuito de se adequar ao que fora estabelecido pelo STF, modificou o inciso IV da súmula nº 331, além de acrescentar mais dois novos incisos tratando da responsabilidade do Estado na terceirização. A decisão de procedência da ADC nº 16 pelo STF apesar de julgar pela constitucionalidade da Lei de Licitações, impediu apenas que a responsabilização do Estado ocorresse de forma automática. Trouxe o entendimento de que para responsabilizar a Administração Pública pelas referidas dívidas, deveria estar presente a culpa *in vigilando* ou a culpa *in eligendo*. A edição da súmula nº 331 do TST caminhou nessa direção, prevendo a fiscalização dos contratos terceirizados como um dever do Estado. O presente estudo traz ainda como deve ocorrer essa fiscalização e os momentos em que o Estado não pode ser omissivo.

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado na Terceirização de serviços; Dever de fiscalização do Estado; Culpa *in eligendo*; culpa *in vigilando*; Ação Direta de Constitucionalidade nº 16; Súmula 331 do TST.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DO TRABALHO	12
2.1 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	12
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	17
2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	20
2.4 CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO	24
3 A TERCEIRIZAÇÃO	28
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO	28
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	35
3.3. CONCEITOS E NOÇÕES GERAIS	40
3.4 ESPÉCIES DE TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	44
3.4.1 QUANTO AO GRAU DE EVOLUÇÃO DAS ATIVIDADES TERCEIRIZADAS	44
3.4.1.1 Terceirização da atividade-fim	44
3.4.1.2 Terceirização da atividade-meio	44
3.4.2 QUANTO A LICITUDE	45
3.4.2.1 Terceirização lícita	45
3.4.2.2 Terceirização ilícita	47
3.5 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA	50
3.6 REGRAMENTO JURÍDICO DA TERCEIRIZAÇÃO	52
3.6.1 Na iniciativa privada	52
3.6.2 No âmbito da administração pública	56
3.7 REGRAMENTO JURISPRUDENCIAL	61
3.7.1 Súmula nº 256 do TST	62
3.7.2 Súmula nº 331 do TST	64
3.8 TERCEIRIZAÇÃO ATRAVÉS DA LEI Nº 6.019/74 – TRABALHO TEMPORÁRIO	68
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	72
4.1 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO CIVIL	72
4.2 A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	75
4.3 TEORIAS SOBRE A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	77
4.3.1 Teoria da irresponsabilidade do estado	77
4.3.2 Teoria da responsabilidade com culpa	78
4.3.3 TEORIAS PUBLICISTAS	79
4.3.3.1 Teoria da culpa administrativa	79
4.3.3.2 Teoria do risco	80
5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS	82
5.1 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO	85
5.1.1 A ação direta de constitucionalidade (ADC) nº 16	86
5.1.2 A irresponsabilidade civil da administração pública	90
5.1.3 A responsabilidade subsidiária do estado na terceirização	91
5.2 DECISÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO	110

6 CONCLUSÃO

114

REFERÊNCIAS

118

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade apresentar uma análise crítica em relação à responsabilidade subsidiária do Estado pelas dívidas trabalhistas inadimplidas pelas empresas prestadoras de serviços terceirizados, tendo em vista a nova interpretação das normas referentes ao fenômeno da terceirização a partir da procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.

A nova hermenêutica quanto à responsabilização subsidiária da Administração Pública na utilização de serviços prestados por terceirização decorre do fato do artigo 71, §1º da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), ter sido declarado constitucional pela ADC nº 16.

O instituto da terceirização é utilizado tanto no setor privado quanto no setor público. A própria Constituição Federal de 1988 regulamenta a utilização do fenômeno da terceirização pelo ente público quando prevê em seu artigo 37, XXI, a contratação de serviços, obras, compras e alienações de forma indireta mediante licitação. A justificativa encontrada para a utilização de serviços públicos por terceirização decorre do fato deste instituto proporcionar à Administração Pública a descentralização de serviços secundários que serão prestados por empresas que possuem empregados especializados. A utilização da terceirização permite à Administração Pública se preocupar de forma mais específica em suas atividades principais, aplicando os recursos disponíveis de forma mais eficiente. A descentralização dos serviços públicos evitou que a máquina pública obtivesse um crescimento colossal.

Sempre existiu dúvida quanto à responsabilização dos entes públicos na utilização de serviços terceirizados. O debate ficou ainda mais acirrado quando a interpretação do TST na súmula nº 331 estava em aparente conflito com o entendimento extraído do artigo 71, §1º da Lei de Licitações. Enquanto a Lei de Licitações isentava a Administração Pública dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora aos obreiros, a súmula nº 331 do TST responsabilizava subsidiariamente o Estado por essas dívidas.

A par deste aparente conflito entre a Lei de Licitações e a Súmula nº 331 do TST, foi proposta uma Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) de nº 16 para que fosse julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A Suprema Corte decidiu pela procedência da ação, declarando que o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93 é constitucional.

Neste contexto, em razão da procedência da ADC nº 16, o TST modificou o texto do inciso IV da Súmula nº 331, incluindo ainda dois novos incisos, para adequar o seu posicionamento ao da Suprema Corte em relação à aplicação do instituto da terceirização.

O presente trabalho vai tratar de questões relacionadas à responsabilização da Administração Pública, demonstrando em quais momentos o Estado vai se eximir ou responder de forma subsidiária, ou até solidária, pelas dívidas trabalhistas inadimplidas pelas empresas prestadoras de serviços aos trabalhadores.

Tendo em vista o posicionamento do STF no julgamento da ADC nº 16, este referido trabalho irá abordar a questão relacionada aos deveres de fiscalização do Estado na realização dos contratos de terceirização. Serão analisados os momentos e as formas com os quais à Administração Pública se obrigará pela fiscalização do contrato, sob pena de responder subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas que não forem quitadas pela empresa prestadora, em caso de omissão quanto a esse dever de fiscalizar.

A produção desta pesquisa sobre o tema em questão teve como principal justificativa a decisão do STF pela procedência da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, trazendo uma nova hermenêutica jurídica referente aos efeitos decorrentes da utilização de serviços terceirizados pelo Estado. Do mesmo modo, a referida pesquisa decorre do fato do tema ter relevância social, tendo em vista que diversos trabalhadores terceirizados podem ter seus direitos trabalhistas garantidos tanto pela empresa prestadora quanto pela empresa tomadora dos serviços.

O estudo realizado para a feitura deste trabalho decorreu da utilização de livros doutrinários, normas constitucionais e infraconstitucionais, súmulas do TST e do STF. Os assuntos abordados correspondem ao fenômeno da terceirização e da responsabilidade civil da Administração Pública. A partir de todo entendimento referente ao instituto da terceirização, das formas de responsabilização civil do Estado e da procedência da Ação Direta de Constitucionalidade de nº 16, pode-se concluir em relação ao problema proposto, trazendo o momento e a forma com a qual o Estado vai ser responsabilizado perante as dívidas que não forem pagas ao trabalhador pela empresa prestadora de serviços.

Foi realizada uma análise crítica em relação às alterações que foram realizadas na súmula 331 do TST em decorrência das modificações hermenêuticas ocorridas no

instituto da terceirização. A par da procedência da decisão prolatada pelo STF em relação à Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 e da inclusão de dois novos incisos na súmula 331 do TST, bem como da modificação do seu inciso IV, foi abordado quanto aos momentos e quanto às formas do dever de fiscalizar os contratos realizados por terceirização pela Administração Pública.

O primeiro capítulo de desenvolvimento foi dedicado ao estudo das noções gerais do Direito do Trabalho, trazendo a sua formação histórica no mundo e especificamente no Brasil. Este referido capítulo traz ainda alguns princípios importantes do Direito do Trabalho, bem como as características principais da relação de emprego.

O segundo capítulo de desenvolvimento traz a análise do instituto de terceirização, iniciando com uma abordagem sobre a sua evolução histórica no mundo e no Brasil. Posteriormente, traz a conceituação e as noções gerais, bem como as espécies de terceirização no direito brasileiro. Este capítulo se preocupa também em estudar a aplicação da responsabilidade solidária e subsidiária no fenômeno da terceirização e quanto ao seu regramento normativo e jurisprudencial. Finaliza o capítulo com a abordagem sobre a terceirização no trabalho temporário.

Após o estudo realizado sobre o fenômeno da terceirização, elaborou-se o terceiro capítulo de desenvolvimento para a verificação das possibilidades da responsabilidade civil da Administração Pública. Inicialmente foram abordadas as noções gerais da responsabilidade no Direito Civil, passando ao estudo da responsabilidade extracontratual do Estado, trazendo ainda as teorias relacionadas a essa responsabilidade. Foi feito o estudo sobre a responsabilidade do Estado no direito brasileiro, adentrando posteriormente na responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços.

Sendo o tema principal deste trabalho a responsabilidade do Estado na terceirização de serviços, foi elaborado um quarto capítulo de desenvolvimento para tratar especificamente do tema. Foi abordado sobre a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, sobre a irresponsabilidade civil da Administração Pública, sobre a responsabilidade subsidiária do Estado na terceirização e com algumas decisões recentes prolatadas pelo TST.

O último capítulo faz uma análise geral sobre o instituto da terceirização, enquadrando-o com a responsabilidade civil extracontratual do Estado, trazendo as consequências

geradas pela procedência da decisão do STF no julgado da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, finalizando o estudo com os deveres e obrigações da Administração Pública de fiscalizar os contratos realizados na terceirização dos serviços.

2 NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

A concepção do termo “trabalho” foi algo de difícil compreensão entre os diversos povos e momentos históricos. Historicamente, o conceito de trabalho foi moldado de acordo com as crenças culturais e filosóficas dos diversos povos em que o mesmo foi desenvolvido. O trabalho já teve sentido de criação, já foi revestido de caráter reconstrutivo, e já foi interpretado sob um viés estritamente material, onde se reduzia o trabalho à coisa.

Verifica-se, atualmente que a definição vocabular de trabalho, na língua portuguesa é derivada do latim vulgar. Nesse idioma, consta o verbo *tripaliare*, que significa “martirizar com o *tripalium*”. Esse *tripalium* era um instrumento utilizado para a tortura e composto de três paus.

Um primeiro marco histórico sobre o trabalho verificou-se na Antiguidade. Esse período é caracterizado, no âmbito greco-romano, pela existência do trabalho escravo. A possibilidade da existência do trabalho escravo derivou da concepção do termo trabalho como sendo algo material, o trabalho era visto como coisa, como mercadoria.

Aos escravos eram dispensados quase todos os trabalhos que exigiam esforço físico, excetuando-se a atividade bélica, e que eram realizados de forma manual e que não demandavam grande estímulo intelectual dos mesmos. O escravo não era visto como um ser igual aos senhores. Era considerado *res*, meramente, um objeto de comércio. O escravo era propriedade do Senhor, era objeto de valor.

Nessa época em que prevalecia o trabalho escravo, em que o indivíduo sob essa condição não possuía direitos, aliás, não se enquadrava como sujeito de direitos, não era possível, portanto, falar-se em direito do trabalho. Para se caracterizar uma relação de trabalho, devem estar presentes dois sujeitos e, na relação existente no trabalho escravo, enquanto um era sujeito o outro era coisa.

Na transição entre a Antiguidade e a Idade Média a figura do escravo passa a ser substituída por outro sujeito que era o servo da gleba. O trabalho escravo não foi extinto nessa época, apenas sendo substituído.

Enquanto que os escravos eram ainda vistos como coisa, como mercadoria, não eram sujeitos de direito, o servo da gleba já era reconhecido como pessoa e não como coisa. Inicialmente, apesar do reconhecimento desses servos como pessoa, o seu tratamento era semelhante à dos escravos.

No período contubardo que correspondeu ao feudalismo medieval os servos tinham que procurar ajuda dos Senhores Feudais, que possuíam diversas terras, onde além de proteção, dariam também oportunidade para que esses servos trabalhassem em suas terras. Porém, esse trabalho a que se submetiam os servos não eram trabalhos leves, eram trabalhos pesado, muito parecido com o trabalho escravo.

Outra questão relevante no período medieval foi a existência das corporações de ofício. Nessa época os cargos eram conquistados a depender da habilidade profissional de cada pessoa onde se valorizava a qualidade das mercadorias que eram vendidas.

As corporações exerciam tanto atividade de industrialização como de comercialização, essas atividades eram exercidas pelos obreiros de cada corporação. A corporação de ofício era composta por mestres, aprendizes e operários.

Os aprendizes eram orientados pelos mestres que os ensinavam e os preparavam para futuramente tornassem operários das suas corporações. Para que esses operários se tornassem mestres era necessário que os mesmos comprassem a chamada carta de mestría.

Essas corporações de ofício possuíam estatutos que previam algumas regras específicas aos operários, informando quanto a sua forma de trabalho e como o mesmo será retribuído. Esses trabalhos poderiam ser retribuídos por obra realizada, bem como poderia ser observado a quantidade de dias trabalhados.

Depois do período da idade média em que era predominante a relação de trabalho de forma heterônoma, começa a surgir um novo período chamado de Regime Liberal, onde a autonomia passou a ser predominante nas relações de trabalho existente à época.

O surgimento desse novo período tido como liberal decorreu de diversos fatores que impossibilitaram a permanência de um mundo composto por corporações de ofício. O regime da corporação de ofício não estava mais agradando os operários que vinham sofrendo diversas brutalidades por parte de seus mestres.

Os operários começaram a fazer greves no intuito de diminuir as atrocidades que vinham sofrendo pelos mestres e que lhe causavam revoltas entre a sua categoria. A forma de sociedade artesanal não estava mais suprindo as necessidades socioeconômicas em que o mundo passava.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2009, p. 61):

Nos séculos XVII e XVIII acentuou-se a decomposição do regime precedente. Em 1776, promulgou-se o Edito de Turgot, extinguindo as corporações. Algumas foram mantidas, dada a pressão exercidas por certos mestres, mas com limitações. Finalmente, a lei Chapelier de 1791, extinguiu-as definitivamente, como se infere de seu art. 7º, que dispõe: 'a partir de 1º de abril, todo homem é livre para dedicar-se ao trabalho, profissão, arte ou ofício que achar conveniente, porém estará obrigado a prover-se de uma licença, a pagar os impostos de acordo com as tarifas seguintes e a conformar-se com os regulamentos da polícia que existam ou que se expeçam no futuro'.

Pode-se perceber que diante desta lei Chapelier houve a liberdade do trabalho, posteriormente à extinção da maioria das corporações de ofício pelo Edito de Turgot.

O grande causador da substituição do trabalho artesanal se deu a partir da revolução industrial que trouxe o advento de novas tecnologias com máquinas poderosíssimas a qual substituía o trabalho manual dos artesãos.

O grande marco da Revolução Francesa foi a liberdade individual. Todas as pessoas eram livres para escolher quem contratar e com quem contratar. Tratava-se do liberalismo econômico. Não só a liberdade foi um ponto forte nesta época como também o individualismo.

A revolução industrial foi um grande marco no surgimento do direito do trabalho. Ocorreram várias modificações no setor produtivo da sociedade, alterando as relações entre os sujeitos.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2009, p. 63):

As relações de trabalhos presididas pelos critérios heterônomos das corporações de ofício foram substituídas por uma regulamentação essencialmente autônoma. Surgiu daí uma liberdade econômica sem limites, com opressão dos mais fracos, gerando, segundo alguns autores, uma nova forma de escravidão.

O fenômeno da Revolução Industrial trouxe o aparecimento da classe operária formada por operários que trabalhavam nas indústrias de forma muitas vezes desumanas, e ainda não recebiam quase nada pelo trabalho exercido.

Muitas vezes os operários trabalhavam com carga horária excessiva, sem nenhuma preocupação com as suas condições de trabalho e recebiam uma contraprestação ínfima.

Como os operários trabalhavam em máquinas, o esforço físico não era tão grande, o que possibilitava a contratação da força de trabalho feminina, bem como da força de trabalho infantil.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2009, p. 65):

O Estado se portava como simples observador dos acontecimentos e, por isso, transformou-se em um instrumento de opressão contra os menos favorecidos, colaborando para a dissociação entre capital e trabalho.

O Estado neste momento não intervinha na sociedade em suas relações de trabalho existente. Ele apenas observava e nada fazia para impedir as atrocidades que sofriam os operários nesta época.

Começaram a surgir a massa de operários que em busca de melhores condições de trabalho, revoltados com as situações em que se encontravam, e conscientizando toda uma coletividade, exigiam uma intervenção por parte do Estado, evitando assim que fossem abalada a estabilidade estrutural da sociedade.

Sendo assim, o intervencionismo estatal surge nessa época como uma forma de proteger os operários de atrocidades e maus cuidados que sofriam nas indústrias.

Pode-se falar que esse intervencionismo estatal fez surgir também o direito do trabalho que colocou regras para proteger o menor, os acidentes de trabalho, as mulheres, entre outros.

Mesmo ainda existindo a autonomia da vontade, esta foi limitada pelo intervencionismo estatal, não permitindo que o interesse individual seja exercido de forma desarrazoada, tendo que estar obedecendo ao que está disciplinado nas leis.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2009, p. 67):

Infere-se, portanto, do que foi exposto que a criação do Direito, inclusive do Direito do Trabalho, advém de dois processos: o heterônimo e o autônomo, que, por sinal, correspondem, respectivamente, a dois segmentos diversos, o do chamado Direito necessário, e o Direito voluntário. Aquele estabelece um conjunto de preceitos obrigatórios, impostos pela vontade do Estado, independentemente de qualquer emissão volitiva dos contratantes, e se aplica indistintamente a todos os que se encontrarem no suposto de fato previsto pela lei. Já as normas que pertencem ao Direito voluntário se situam numa esfera de liberdade na qual os que querem obrigar-se com reciprocidade podem fazê-lo livremente.

O surgimento do Direito do Trabalho no mundo ocorre em um período de instabilidade onde se encontram presentes grandes distorções no poder aquisitivo das pessoas, onde poucos detêm um grande número de capital e poder aquisitivo, enquanto que a maioria sofre com salários baixos e precariedade no trabalho.

Diante de tais circunstâncias, o Estado teve que se manifestar de forma a intervir nas relações sociais ali presentes como forma de impedir uma desordem na estrutura social.

O surgimento do Direito do Trabalho se deu com o avanço histórico do mundo capitalista. Houve muitas modificações na forma da relação de trabalho antes do capitalismo e após o seu fortalecimento no mundo.

Com o advento do capitalismo novas formas de exploração do trabalho foram surgindo, modificando a estrutura social e econômica da sociedade. Com a evolução histórica do capitalismo o mundo passou a sofrer constantes retificações na parte política, cultural, social e econômica, surgindo desta forma a necessidade da criação de um ramo específico no direito para regular as novas questões sociais.

O Direito do Trabalho surgiu no intuito de regular essa nova tendência e formas da relação de trabalho com o advento do mundo capitalista. A relação entre empregados e empregadores foi regulamentada por normas jurídicas próprias do Direito do Trabalho.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 85):

O Direito do Trabalho – como qualquer ramo jurídico – constitui um complexo coerente de institutos, princípios e normas jurídicas, que resulta de um determinado contexto histórico específico.

Qualquer ramo jurídico resulta de um contexto histórico que diante da necessidade de se constituir normas jurídicas específicas e princípios específicos, surge o instituto próprio para suprir essa necessidade.

Mais uma vez de forma clara e bem colocada é o posicionamento de Maurício Godinho Delgado (2012, p. 86):

O núcleo fundamental do Direito do Trabalho situa-se, sem dúvida, na relação empregatícia de trabalho, construindo-se em torno dessa relação jurídica específica todo o universo de institutos, princípios e regras características a esse específico ramo jurídico.

Pode-se perceber que o ponto forte no Direito do Trabalho é exatamente voltado para a relação de trabalho existente. Não há dúvida que a relação de trabalho entre o empregado e o empregador é o foco deste ramo do direito.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012), o Direito do Trabalho é produto cultural do século XIX e das transformações sociais, econômicas e políticas que foram vividas neste período. Essas transformações teriam colocado a relação de trabalho subordinado como ponto principal do processo de produção que era característica da sociedade. Trata-se do período da sociedade industrial contemporânea.

Sendo assim, não seria necessário buscar a cerca de regulamentos trabalhistas em períodos de sociedades mais antigas, tais como no feudalismo. Poderia até existir nessa época a subordinação, porém, não possuía relevância alguma na parte econômica da sociedade. Apenas no século XIX que o Direito do Trabalho ganha força e relevância pela existência de elementos e condições típicas que proporcionaram o seu surgimento.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Pode-se falar em Direito do Trabalho no Brasil a partir do momento em que houve a abolição da escravatura e a Proclamação da República. A partir desses marcos histórico é que o Direito do Trabalho no Brasil começou a tomar forma.

Como foi dito em linhas atrás, na época em que a força de trabalho era baseada na escravidão, não se podia falar em Direito do Trabalho, pois, o escravo era tido como objeto de mercadoria, ele era visto como coisa, e não como sujeito de direito.

Para se falar em Direito do Trabalho deve estar presente dois sujeitos de direitos. De um lado teria o empregador que contrataria o empregado para este com sua força de trabalho lhe prestar algum serviço, e o mesmo ser recompensado com uma contraprestação.

Na época em que se predominava a escravidão como forma de trabalho, não existia a relação entre duas pessoas, e sim, a relação entre uma pessoa e uma coisa, era uma relação de propriedade. O escravo era propriedade do Senhor que poderia negociá-lo como bem quisesse.

Com o fim da escravidão e com a proclamação da independência política no Brasil o Direito do Trabalho começou a tomar forma. Foi a partir da Lei Áurea que as formas de utilização de mão de obra foram sendo modificadas, dando origem ao que hoje se chama de Direito do Trabalho Brasileiro.

Isso não quer dizer que na Antiguidade, em que a força de trabalho era escravocrata, não existia algum tipo de regra jurídica, mas que, aqueles pequenos demonstrativos de existência de relação de emprego, não eram tão significantes a ponto de se falar em Direito do Trabalho.

A Lei Áurea foi sancionada em 1888 extinguindo a escravidão no Brasil e deu abertura para o início do que se pode chamar de Direito do Trabalho.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 106):

O primeiro período significativo na evolução do Direito do Trabalho no Brasil estende-se de 1888 a 1930, identificando-se sob o epíteto de fase de manifestações incipientes ou esparsas.

Para Maurício Godinho Delgado (2012) este período apresenta a relação de emprego de forma relevante em alguns setores como agrícola e cafeeiro, em uma industrialização emergente experimentada em alguns estados como o Rio de Janeiro.

Trata-se de um período em que a força de trabalho está nas mãos dos operários que trabalham em indústrias muitas vezes sem qualquer respeito a sua dignidade, tanto na carga horária trabalhada diariamente, bem como, por seu salário muitas vezes irrisório.

Isso porque o Estado não era intervencionista, e os donos das fábricas tentavam arrancar o máximo que podiam da força de trabalho dos operários, sem qualquer respeito a sua saúde física ou psicológica.

Tratava-se de um Estado Liberal, não intervencionista, onde ele não criava leis específicas para as relações de trabalho ali existentes.

Para Maurício Godinho Delgado (2012) a segunda fase do Direito do Trabalho no Brasil é a da institucionalização. Este período compreenderia de 1930 a 1945 com a ditadura Getulista.

O Estado sai de sua concepção liberalista e passa a ser um Estado interventor. Ele passa a intervir nas questões sociais reprimindo alguns movimentos dos operários, mas ao mesmo tempo, criando algumas normas na esfera trabalhista que são do seu próprio controle.

Segundo Sergio Pinto Martins (2009, p. 10):

A Constituição de 1934 é a primeira constituição brasileira a tratar especificamente do Direito do Trabalho. É a influência do constitucionalismo social, que em nosso

país só veio a ser sentida em 1934. Garantia a liberdade sindical (art. 120), isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção dos trabalhos das mulheres e menores, repouso semanal, férias anuais remuneradas (§1º do art. 121).

Note que apesar de estar em um momento em que o Estado intervinha nas relações sociais, a Constituição Federal tinha um caráter liberalista. Trata-se da primeira constituição no Brasil com previsão de direito específicos na esfera trabalhista.

Apesar da concepção liberal da Constituição de 1934, em 1935, quando o Estado ficou em estado de sítio dando seguimento em 1937 com a ditadura militar, o Estado pode dar continuidade ao seu projeto justralhista.

Além da criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, diversas áreas foram sendo normatizadas pelo Estado, institucionalizando o Direito do Trabalho no Brasil.

Várias leis e decretos foram sendo criados em diversas áreas no Direito do Trabalho, porém de forma desordenada. Era necessária a criação de uma lei que pudesse reunir todas essas leis com a finalidade de facilitar a sua aplicação na esfera jurídica.

Com isso, surge a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), reunindo-se os diplomas legais referentes à legislação trabalhista. A sua função era reunir todas as leis referentes à esfera trabalhista. A CLT foi aprovada em 1943.

Com o advento da Constituição Federal de 1946, diversos direitos trabalhistas foram previsto nessa constituição, tais como, o direito de greve dos trabalhadores, participação dos trabalhadores em lucros auferidos pelas empresas, o repouso semanal remunerado, a estabilidade no emprego, entre outros direitos ali normatizados.

Segundo Sergio Pinto Martins (2009, p. 11):

A legislação ordinária começa a instituir novos direitos. Surge a Lei nº 605/49, versando sobre o repouso semanal remunerado; a Lei nº 3.207/57, tratando das atividades dos empregados vendedores, viajantes e praticistas; a Lei nº 4.090/62, instituindo o 13º salário; a Lei nº 4.266/63, que criou o salário-família etc.

Diversos novos direitos trabalhistas foram sendo legislados em leis específicas, dando aos trabalhadores maiores proteções na esfera jurídica trabalhista.

Já a Constituição de 1967 teve poucas modificações, tendo mantido os direitos trabalhistas que já estavam previstos nas constituições anteriores.

Outros direitos trabalhistas foram legislados após essa Constituição Federal de 1967, tais como leis que versam sobre o trabalho temporário, sobre o trabalhador rural, entre outras.

Já com a Constituição Federal de 1988 estão também previstos diversos direitos trabalhistas. Os direitos trabalhistas estão previstos dentro dos direitos sociais, do artigo 7º ao 11.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 121):

A Constituição de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país. Impulso relevante, se cotejado com a história anterior do Direito Laboral pátrio. Impulso tímido, se comparado com as experiências dos países centrais. Impulso contraditório, se posto à análise com diversos outros dispositivos da mesma Constituição, que parecem indicar em sentido inverso à autonormatização social e à própria democratização do Direito do Trabalho.

Pode-se perceber que com o advento da Constituição Federal de 1988 houve uma grande evolução no direito brasileiro, tornando-se um país cada vez mais democrático quando visto em relação à forma de administrar e resolver os problemas sociais.

2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho é composto por uma vasta quantidade de princípios que norteiam e orientam os operadores do direito. Ele é norteado pelos princípios gerais do direito, pelos princípios constitucionais do direito do trabalho e por princípios peculiares próprios.

Como todo ramo do direito, o direito do trabalho não poderia ser um campo em que não se observasse os princípios constitucionais. E além dos princípios constitucionais, o direito do trabalho possui princípios próprios que vão lhe servir de sustentação.

Segundo Miguel Reale (1980, p. 299):

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Luciano Martinez (2011) afirma que o sistema normativo é caracterizado por um conjunto de regras e princípios. Diz ainda que no direito do trabalho os princípios possuem uma lógica protecionista. E classifica-os da seguinte forma: Princípios da proteção; da

indisponibilidade de direitos; da continuidade da relação de emprego; da primazia da realidade; da razoabilidade e da boa fé.

Vários são os princípios que vão proteger o trabalhador, dando-lhes maiores garantias frente ao empregador, equilibrando desta forma a relação de emprego. Pode-se perceber que na relação entre empregado e empregador existe uma parte mais fraca, o empregado, e as leis trabalhistas ajudam justamente a tentar equilibrar essa relação, dando ao empregado uma maior segurança na relação de trabalho.

Os princípios que se relacionam à proteção do empregado se dividem em aplicação da fonte jurídica mais favorável, manutenção da condição mais benéfica e in dúbio pro operário.

O princípio protecionista do in dúbio pro operário vai ser aplicado quando existir dúvida quanto ao entendimento de uma norma. Esta norma deve ser interpretada da forma que seja mais favorável ao empregado.

A aplicação da norma jurídica mais favorável é no momento em que for usar uma norma, deve-se escolher a que seja mais favorável dentre as múltiplas escolhas possíveis.

Já a manutenção da condição mais benéfica está relacionada aos contratos de emprego e no regulamento da empresa que só devem atingir os empregados se for para beneficiar. No caso de surgimento de novas normas da empresa que não sejam mais favoráveis aos empregados esta norma só atingirá os novos empregados, não podendo atingir aos que já estavam sobre a regulamentação anterior.

Américo Plá Rodrigues (2002, p. 420) destaca a importância do princípio da boa fé da seguinte forma:

Na realidade, se acredita que há obrigação de ter rendimento no trabalho, é porque se parte da suposição de que o trabalhador deve cumprir seu contrato de boa-fé e entre as exigências da mesma se encontra a de colocar o empenho normal no cumprimento da tarefa determinada.

Marcelo Oliveira Rocha (2005, p. 29) esclarece que:

A boa-fé não é uma norma, mas um princípio jurídico fundamental, ou seja, algo admitido como premissa de todo ordenamento jurídico. Informa sua totalidade e aflora de maneira expressa em múltiplas e diferentes normas, ainda que nem sempre se mencione de forma explícita. Apresenta grande influência no Direito do Trabalho, uma vez que o trabalhador deve cumprir seu contrato de boa-fé, empenhando-se no cumprimento da tarefa determinada, pois uma das obrigações emerge da relação trabalhista, o dever de fidelidade. E esta obrigação nada mais é que uma expressão da boa-fé, englobando todo um conjunto de deveres

recíprocos emanados do espírito de colaboração e confiança que também no terreno interindividual caracteriza a relação de trabalho. Ampara o devido cumprimento das obrigações e a adequada manutenção dessas relações, conseqüentemente torna-se importantíssimo que ambas as partes atuem de boa-fé.

O princípio da boa-fé está relacionado tanto com a parte subjetiva do sujeito como na parte objetiva. Ambas as partes da relação de trabalho devem se comportar com lealdade e cumprir com seus deveres. Deve existir uma confiança entre os sujeitos da relação de forma a permitir que aquele contrato seja executado da forma mais correta possível.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2009), o fundamento da norma jurídica mais favorável é a existência de duas ou mais normas, cuja preferência na aplicação é objeto de polêmica. Esse princípio autoriza a aplicação da norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia.

Para Américo Plá Rodrigues (2002, p. 108) o princípio do *in dubio pro operário* tem caráter especial no Direito do Trabalho, como se pode observar:

Se o direito privado aceita o princípio do *favor pro reo* é por que, na generalidade das relações civis ou comerciais, o devedor é o mais fraco e necessitado. Mas nas relações laborais ocorre exatamente o contrário posto que, na generalidade dos casos, o trabalhador, cuja situação de debilidade frente ao empregador constitui o pressuposto básico do direito laboral, apresenta-se como credor frente a seu empregador.

No direito do trabalho deve-se, portanto, não só recusar o princípio do direito privado, como também, em virtude do mesmo processo lógico que o justifica, admitir outro princípio, que normalmente resultará antagônico ao *in dubio, pro operário*.

No direito laboral a função objetiva do princípio é similar à que, no direito penal, cumpre o princípio *in dubio, pro reo*.

Quando se estiver diante de duas normas que regularize determinada relação de trabalho, deve-se acolher a mais favorável ao empregado. Este princípio contribui e auxilia o Poder Legislativo na elaboração das normas justralhistas buscando melhores condições ao obreiro.

Alice Monteiro de Barros (2009) diz que a condição mais benéfica se direciona a proteger situações mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato de forma expressa ou tácita consistente esta última em fornecimentos habituais de vantagens que não poderão ser retirados, sob pena de violação ao art. 468 da CLT. Em outras palavras, adquirido o empregado determinados direitos e garantias, estes não podem ser retirados de forma que venha resultar algum prejuízo, sob pena de violar o caput e o parágrafo único do artigo 468 da CLT, a saber:

Art.468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente, desta garantia.

Parágrafo único. Não se considera alteração unilateral a determinação de empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

Um dos princípios mais importantes no direito do trabalho é o da primazia da realidade. É ele que fundamenta a consequência jurídica sofrida pela suposta tomadora de serviços quando esta se utiliza na verdade de emprego direto, mas utilizando aquele serviço de forma terceirizada. As consequências para esse tipo de terceirização ilícita é a nulidade do negócio, além de que a suposta tomadora dos serviços vai responder como empregador. Para se chegar a essa conclusão, tem-se que observar a realidade fática da relação de emprego, vez que, muitas vezes as empresas se utilizam de serviços terceirizados para burlar o sistema e ter vantagem na relação de emprego, pois os custos da mão de obra terceirizada para empresa é mais vantajoso.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, “Reza esse principio que, no âmbito do direito do trabalho, os fatos valem muito mais do que meros documentos, do que os ajustes formalmente celebrados”. (2005, p.31)

Um grande princípio que protege o trabalhador é o princípio da intangibilidade salarial que impede a redução salarial por mudanças salariais e normativas.

O principio da continuidade da relação de emprego impõe que de regra o contrato de trabalho deve ser por tempo indeterminado e só nos casos previsto em lei poderia ter um contrato que não fosse por tempo indeterminado.

O principio da continuidade está exteriorizado em norma constitucional específica, assim podemos verificar o artigo 7º, I, da Constituição Federal de 1988, a saber:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem á melhoria de sua condição social.

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, quer preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Este artigo da Constituição Federal de 88 coloca como um dos direitos do trabalhados a proteção quanto à despedida arbitrária ou sem justa causa, o qual vindo a ocorrer deverá ser compensado por indenização.

Este princípio teve o intuito de prolongar as relações de emprego buscando a estabilidade do obreiro no seu trabalho. Assim, as relações jurídicas trabalhistas possuem uma maior segurança nos contratos realizados entre o obreiro e o empregador.

Como previsto no Artigo 7º da CF/88, este princípio não é absoluto, permitindo ao empregador que despeça o empregado, porém, pagando-lhe uma quantia como forma de indenização.

2.4 CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Inicialmente cumpre salientar a diferença existente entre a relação de trabalho e a relação de emprego. A relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego seria uma espécie.

Quando se está diante da relação de trabalho ela engloba todas as relações jurídicas de trabalho humano. Ela abrange não só a relação de emprego, mas também o trabalho avulso, eventual, e todas as relações onde esteja presentes o labor humano.

Sendo assim, a relação de emprego é apenas uma das espécies de relação de trabalho, e que possui características próprias, diferenciando-a de todas as outras relações de trabalho existentes.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 283):

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

No caso de um desses elementos não estar presente, não estaremos diante de uma relação de emprego, e sim, de uma relação de trabalho.

Esses elementos próprios característico da relação de emprego estão presentes na CLT.

De acordo com o artigo 2º da CLT:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

De acordo com o artigo 3º da CLT:

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.

A primeira característica marcante é em relação à pessoa que presta o serviço, que deve ser uma pessoa física. Não existe relação de emprego quando a prestação de serviço for feita por uma pessoa jurídica, ou seja, sem que se trate de uma pessoa natural a realizar os serviços. O empregado não pode ser pessoa jurídica, só pode ser pessoa física. Entretanto, o empregador pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica.

A segunda característica da relação de emprego é a pessoalidade. Este elemento se relaciona diretamente com o elemento da pessoa física, mas que com este não pode se confundir. Não é simplesmente por estar sendo exercido por uma pessoa física que este será feito com pessoalidade. Com efeito, a prestação do serviço pelo empregado tem que ter relação *intuitu personae*, pois, este trabalhador não pode ser substituído por outro trabalhador na realização do seu serviço.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 285):

A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados.

Se a substituição ocorrer de forma intermitente, que não é contínuo, ela deixa de ser pessoal e infungível, perdendo a característica que deve conter na relação de emprego.

Entretanto, existem casos em que a substituição do empregado não descaracteriza a relação de emprego, pois, não perde a pessoalidade. Um bom exemplo seria o caso em que ocorre uma substituição do empregado para uma eventualidade, e esta substituição é aceita pela tomadora. Além dessas substituições, podem ocorrer também as que estão previstas em lei, como em casos em que o empregado sai de férias e o empregador o substitui, bem como, na licença-maternidade.

A característica da pessoalidade só deve figurar em relação ao empregado, este deve ter pessoalidade nos seus serviços prestados, não podendo se fazer substituir por outra pessoa, sem prévia autorização do seu empregador. A pessoalidade não é característica do empregador, vez que, pode ocorrer a sucessão trabalhista, sem que ocorra a quebra na relação de emprego.

A terceira característica inerente à relação de emprego é a não-eventualidade. A relação de emprego deve ter caráter permanente, mesmo que não venha a durar muito tempo, ele

não deve iniciar de maneira eventual. Deste modo, o trabalhador eventual não está inserido na relação de emprego, mas sim, em uma relação de trabalho, pois, lhe falta como característica a sua não-eventualidade.

A quarta característica na relação de emprego é a questão da onerosidade. Trata-se de uma relação de cunho econômico. Enquanto o empregado presta um serviço ao seu empregador, este deve lhe pagar um salário como contraprestação ao serviço que lhe foi prestado.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 291):

O contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis.

Mais uma vez de forma precisa é o entendimento de Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 291):

A onerosidade, como elemento fático-jurídico componente da relação de emprego, não deve, contudo, ser enfocada sob a ótica do trabalho realizado ou mesmo sob a ótica do tomador de serviços. É que, considerado sob qualquer dessas duas perspectivas, o elemento fático-jurídico da onerosidade estaria sempre presente, desde que houvesse prestação de trabalho por alguém a outrem: afinal, todo trabalho – mesmo simples – é passível de mensuração econômica no contemporâneo sistema de mercado, sempre tendo determinado valor econômico para seu tomador, para quem recebe o serviço prestado. Deve a onerosidade, portanto, ser enfocada sob a ótica do prestador de serviços: apenas nessa perspectiva é que ela constitui elemento fático-jurídico da relação de emprego.

A onerosidade deve ser analisada tanto no seu aspecto objetivo como no subjetivo. Quando falamos em onerosidade de forma objetiva, estamos diante do pagamento realizado pelo empregador ao empregado como forma de contraprestação dos seus serviços. Seria o salário pago ao empregado em decorrência do seu trabalho realizado.

Já em relação à onerosidade em sua forma subjetiva, trata-se da intenção do empregado em ter firmado com o empregador um contrato em que o pagamento deverá existir como contraprestação pelos serviços que vão ser prestados. Sem a intenção onerosa no contrato celebrado, como em casos de trabalho voluntário, não está caracterizado um contrato de emprego, por não estar presente um elemento próprio da sua existência, que é a onerosidade.

O quinto e último elemento caracterizador da relação de emprego é a subordinação. Ela é o grande diferenciador entre a relação de emprego e o trabalho autônomo.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 86):

Subordinação é conceito que traduz a situação jurídica derivada do contrato de trabalho mediante a qual o empregado se obriga a acolher a direção do empregador sobre o modo de realização da prestação de serviços.

Verifica-se a respeito desse entendimento que o poder de direção de como o serviço vai ser prestado é dado pelo empregador, sendo que o empregado se submete a esta direção pelo fato de ter se vinculado juridicamente a esta relação de trabalho.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 295):

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.

A subordinação submete o empregado a exercer a sua atividade de acordo com os anseios do empregador, que direciona o seu serviço no modo com o qual o mesmo será executado. A subordinação deve ser vista do ponto de vista objetivo, em que ela atua na forma como será prestado o serviço, e não na pessoa do empregado, que seria do ponto de vista subjetivo.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 296):

A subordinação classifica-se, inquestionavelmente, como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do trabalho.

Estando presentes esses cinco elementos fático-jurídicos em uma relação de trabalho, esta relação pode se caracterizar como uma relação de emprego, onde os sujeitos próprios dessa relação são o empregado, que presta o seu serviço, e o empregador que é o tomador dos serviços.

3 A TERCEIRIZAÇÃO

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização surgiu da necessidade de adaptação das relações trabalhistas para os novos anseios econômico-sociais. Antes da aparição da terceirização, as relações trabalhistas se davam, em regra, de forma bilateral: de um lado o empregado e do outro o empregador.

A terceirização não se dá de forma bilateral, mas sim, de forma trilateral. De um lado há o prestador de serviços, de outro lado está o tomador de serviços e ainda há a presença do obreiro.

A terceirização ganhou relevância no mercado de trabalho quando as empresas, no intuito de auferir maiores lucros, passaram a contratar obreiros por intermédio de outra empresa, dessa maneira, reduzindo seus gastos com empregados próprios e no intuito de buscar indivíduos especializados para áreas de atividade-meio. A atividade-meio seria aquela que não é relacionada à atividade-fim da empresa.

Pode-se dizer que o surgimento da terceirização foi fruto da evolução do modelo de produção capitalista que, junto a grandes transformações nas áreas políticas, econômicas e sociais, propiciou a adaptação das relações de trabalho às necessidades de empresas.

Este tipo de modelo capitalista tenta se enquadrar a questão de um Estado não intervencionista, onde este deixa de controlar a propriedade privada das pessoas, dando uma maior liberdade para os proprietários darem a utilidade que acharem mais adequadas com os seus interesses. Antes do mundo capitalista, a economia era voltada para um sistema artesanal e no momento de transição entre esta economia artesanal para utilização de máquinas de produção, o mundo vivia um momento onde a força política era do liberalismo.

No liberalismo, o Estado é caracterizado pelo não-intervencionismo nas relações econômicas entre os atores privados. É nesse momento em que o liberalismo ganha força que o modelo capitalista de produção tenta se consolidar. Essa transição ocorre por volta do século XVIII. É nesse momento que as máquinas industriais começam a substituir a

força de trabalho manual das pessoas, acarretando uma grande mudança nas formas de relação de emprego.

Em meados dos séculos XVIII a XIX ocorreu a chamada Revolução industrial, que levou a um grande desenvolvimento tecnológico nos meios de produção. Ao mesmo tempo, ocorrem diversas atrocidades na exploração das forças de trabalho, colocando os trabalhadores em condições subumanas no ambiente de trabalho, como, por exemplo, cargas horárias excessivas.

No século XX surgem novas formas de estrutura de produção em massa. Esses sistemas ficaram conhecidos como Taylorismo, Fordismo e Toyotismo.

Segundo Livia Mendes Moreira Miraglia (2008, p. 61):

Até a Segunda Guerra Mundial, o modelo de produção existente, na transição do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, foi aquele implantado pelo norte-americano Frederick Taylor em suas fábricas no Estado da Filadélfia.

Houve grandes mudanças nas estruturas econômicas e políticas do Estado na transição do modelo de Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social. O grande marco que gerou a queda do modelo liberal de organização do Estado foi a Quebra da Bolsa de Valores de Nova York ocorrida em 1929. Viu-se que aquele modelo onde o Estado não tinha muita influência na organização da sociedade, era falho e não estava mais suportando as crises em que vinham passando a sociedade.

O Estado passou a se preocupar com maior intensidade com as questões sociais, passando a ser um Estado interventor, influenciador, regulador, reformando toda a estrutura social.

Diferentemente do Estado Liberal, o Estado do Bem-Estar Social coloca o Estado em uma posição mais influente na sociedade. Enquanto que no Estado Liberal o Estado não intervinha na economia, já no Estado do Bem-Estar Social o Estado ganha força, passando a proteger, defender e intervir na organização da economia.

A estrutura da economia foi sendo modificada com o Estado interventor, sendo que isso foi sentido pela sociedade. Assim, foi necessário a adaptação da sociedade aos novos moldes econômicos promovidos pelo Estado.

Com isso surgiram novos modelos de produção na tentativa de se adequarem às regulamentações que o Estado estava exigindo para a economia e política do Estado.

Segundo Geraldo Augusto Pinto (2010, p. 49):

O sistema taylorista/fordista de organização expandiu-se nas economias capitalistas centrais durante as duas guerras mundiais, após o que foi difundido internacionalmente no longo ciclo de crescimento econômico, fundado na produção e no consumo de massa, que se seguiu.

O modelo de produção chamado de “taylorismo” foi proposto por um norte-americano Frederick Winslow Taylor, o qual implantou este sistema em suas fábricas localizadas no Estado da Filadélfia.

Uma característica bem marcante no sistema de Taylor era a busca de maior eficiência em nível de operacionalidade.

Segundo Livia Mendes Moreira Miraglia (2008, p. 61):

O modelo recebeu a denominação de ‘taylorismo’ e consistia no controle do tempo e rendimento, mediante a fixação do trabalhador em um ponto determinado com metas rígidas a cumprir. A produção era estipulada em número de peças, que deveriam ser produzidas em determinado tempo.

O sistema de Taylor tinha como objetivo alcançar a máxima produtividade. Taylor costumava cronometrar as operações realizadas pelos operários dentro das fábricas no intuito de controlar o tempo realizado para cada atividade, buscando sempre o tempo mínimo necessário para obter o resultado esperado.

Taylor também se preocupava não só com o tempo de cada operação, mas ele também observava a forma como era praticada as operações. Ele acreditava que movimentos predeterminados, quando realizados de uma forma lógica, seriam mais eficientes na produção. Ele queria evitar movimentos que não fossem úteis para a produção, sendo executado de forma inteligente, economizando esforços desnecessários.

Taylor queria aproveitar cada operário da melhor forma possível, treinando os obreiros de acordo com as suas melhores aptidões. Ele também fiscalizava todo o processo de produção para verificar se eles estavam sendo executados da maneira a qual ele havia estipulado.

O sistema baseado nas ideias de Taylor trouxe grandes benefícios para os operários. Como o trabalho era realizado de forma mais eficiente, a carga horária, a jornada de trabalho, pôde ser reduzida, diminuindo a fadiga dos obreiros e dando uma maior qualidade aos serviços por eles prestados.

Esse sistema de Taylor fazia com que as fábricas tivessem menos gastos desnecessários, tivessem produtos de maior qualidade e permitiam que tanto os trabalhadores quanto os donos das indústrias estivessem satisfeitos com aquela situação.

O segundo grande sistema de produção em massa foi o “fordismo”. Esse sistema foi implementado pelo estadunidense Henry Ford. A grande característica que diferencia esse sistema de modelo de Ford do sistema de Taylor, é que para Ford quando se estivesse tratando de produção de massa, o consumo também seria de massa.

Para Ford a sociedade teria passado por uma transformação na forma de consumir os produtos, passando o consumo social a ser voltado para um consumo em massa.

Ford acreditava que deveria surgir uma nova forma de reprodução da força de trabalho, com novos meios de se controlar a produtividade. Novas técnicas de produção deveriam ser postas em práticas, com uma organização de produção diferenciada, no intuito de se adequar às novas tendências mercadológicas do capitalismo.

O grande diferencial na forma de produção de Ford, quando comparado ao sistema implantado por Taylor, foi quanto à introdução de uma linha de montagem contínua, de forma automatizada.

Segundo Rodrigo de Lacerda Carelli (2003, p. 36):

Assim, as bases de Ford são: a mecanização da produção, a padronização das partes do produto, a aplicação de novas formas de energia e o fluxo contínuo dos materiais através de uma série de máquinas, ou seja, a própria linha de montagem semovente, tudo isso com o fim de criar a produção em massa.

As ideias de Ford são focadas na produção em massa, buscando uma mecanização da produção e a padronização das partes dos produtos, permitindo que as peças sejam produzidas em grandes quantidades.

A linha de montagem do sistema de Ford era baseada em esteiras rolantes, aonde o produto ia circulando pela fábrica, enquanto que os operários trabalhavam parados.

Segundo Rodrigo de Lacerda Carelli (2003, p. 36):

A linha de montagem aumentou a importância da divisão do trabalho, ou melhor, da organização do inteiro processo laborativo, pois esta era parte integrante e indispensável para o funcionamento da própria fábrica, sendo a divisão do trabalho total e minuciosamente planejada.

No sistema de Ford a questão quanto à divisão do trabalho era de máxima importância, pois, cada operário ficava condicionado a fazer apenas uma parte de todo o sistema da linha de montagem do produto.

Esta forma de produção permitia que os produtos fossem feitos em maior quantidade e em um menor tempo. Cada obreiro tinha uma função específica, que era repetida o tempo todo naquela linha de montagem.

Os movimentos executados pelos operários eram simples, repetitivos e eram feitos em ritmo constante. Cada operário era responsável por executar uma pequena parcela do produto final, pois, a produção é decomposta em diversas etapas que eram realizadas por diversos operários, cada um exercendo seu procedimento de forma predeterminada.

Segundo Livia Mendes Moreira Miraglia (2008, p. 65):

O trabalhador ficava adstrito a uma única função dentro da indústria, sem que lhe fossem proporcionadas condições para o seu crescimento profissional e até mesmo pessoal. Em outras palavras, a fábrica sub-rogava-lhe o saber, o conhecimento sobre seu ofício.

O trabalho era realizado de forma automática, não exigindo do operário (e não lhe permitindo) um maior desenvolvimento. Esse *status quo* gerou enorme insatisfação diante das consequências à saúde psíquica e física dos operários. A rigidez desse modelo fez com que o mesmo entrasse em uma crise.

A crise do modelo de sistema de produção em massa de Ford entrou em declínio por volta da década de 1970. Esse fato decorreu da crise do petróleo e concorrentes japoneses no mercado automobilístico. O sistema de produção em massa não é mais adequado para os novos anseios sociais, entrando em crise e sendo substituído por um novo sistema de produção. Esse novo sistema não mais se baseia na produção em massa, mas sim em uma produção enxuta. O declínio do sistema de Ford ocorreu juntamente com a transição do modelo de Estado do Bem-Estar Social para o Estado Neoliberal.

O Estado do Bem-Estar Social não consegue mais suprir todos os serviços públicos propostos por ele, pois, lhe faltavam recursos financeiros.

Surge então uma nova forma de Estado, o Estado Neoliberal. A prestação de serviços é transferida para o setor privado a responsabilidade do Estado passa a ser de supervisão e fiscalização.

O Estado não conseguiu manter a prestação de todos os serviços públicos e teve que recorrer para a iniciativa privada. Esses serviços transferidos para os entes privados, não eram serviços principais, eram serviços secundários, serviços auxiliares, que permitiam ao Estado aplicar os recursos próprios em serviços que tinham caráter essencial.

Surge junto com o Estado Neoliberal um novo sistema de produção, denominado “toyotismo”. Esse sistema foi implementado na fábrica da Toyota no Japão.

Segundo Geraldo Augusto Pinto (2010, p. 73):

O sistema de organização do trabalho toyotista surgiu num contexto muito diverso ao do sistema taylorista/fordista. Ao passo em que o último germinou dentro de uma economia em crescimento e, portanto, contando com um mercado consumidor (tanto interno, quanto externo) em expansão, o toyotismo surgiu num contexto de crescimento econômico lento, em meio a um mercado interno que, se por um lado visava o consumo de praticamente todos os tipos de bens e serviços, mostrando-se diversificado, por outro se caracterizava pela pequena expansão da demanda.

O surgimento desse sistema da Toyota ocorreu após a II Guerra Mundial, em um período em que as empresas japonesas estavam em busca de inovações no modelo de produção pela existência de concorrentes no mercado japonês.

Diferentemente do modelo de produção de Ford, onde existia uma rigidez na automação, o modelo toyotista possuía uma mecanização flexível. Para Ford, a produção deveria ser a maior possível, pois se tratava de uma produção em massa, guardando o que era excedente. Já no modelo toyotismo, a produção era executada de acordo com a necessidade, produzindo-se apenas a quantidade necessária a suprir a demanda exigida pelo mercado.

Enquanto que no modelo de Ford a mão de obra era específica, voltada apenas para uma pequena parcela da linha de produção, o modelo do toyotismo buscava que os operários tivessem várias funções dentro da linha de produção. O modelo da Toyota não buscava a divisão do trabalho, ela se preocupava em ter seus operários qualificados em diversas funções, buscando a qualidade total dos produtos.

Um grande diferencial existente entre o modelo do toyotismo e o do taylorismo/fordismo, é que aquele se preocupava em uma produção especializada adequada ao gosto do cliente. Ele não se preocupava em produzir em grandes quantidades, mas sim, em produzir em uma escala adequada a demanda de mercado e no intuito de agradar os compradores.

Com o modo de produção toyotista, as empresas passam a se preocupar mais com sua atividade-fim. A sociedade passava por um período em que as empresas focavam em seus serviços essenciais, no intuito de melhorar a qualidade dos produtos.

Para que as empresas pudessem se concentrar mais nas suas atividades-fim era necessário que as atividades-meios fossem executadas por outras empresas. Essas atividades-meios seriam as atividades que não fossem da essência da própria empresa, consideradas atividades acessórias.

Segundo Livia Mendes Moreira Miraglia (2008, p. 67):

As empresas passam a concentrar, tão-somente, em suas atividades-fim, descentralizando as atividades acessórias para empreendimentos terceirizados em busca da diminuição de despesas e aumento da produção, podendo, assim, ao menos teoricamente, reinvestir o capital excedente na própria empresa.

Essas empresas que prestam serviços auxiliares, secundários, são empresas que possuem mão de obra especializada em um determinado ramo da atividade, as quais possuem vínculo jurídico trabalhista com esses trabalhadores. Ficam desta forma responsabilizada por esses obreiros que exercem a sua atividade em outra empresa, qual seja, a empresa tomadora dos serviços.

Mais uma vez são claras as palavras de Livia Mendes Moreira Miraglia (2008, p. 66):

Na ânsia de alcançar a eficácia, qualidade e redução de custos, exigidas pela grande competitividade do mundo globalizado, as empresas entregam a terceiras a realização de sua atividade-meio, contratando trabalhadores dessas últimas para o exercício de funções dentro de suas próprias estruturas.

É neste momento que a terceirização ganha força no mundo, no intuito de permitir que as atividades-meios pudessem ser exercidas por outras empresas que prestam serviços especializados.

A terceirização permitiu que as empresas reduzissem os custos, tivessem uma produção mais especializada e produzissem mercadorias de melhor qualidade. Essa forma de se estruturar da empresa era baseado em um mundo capitalista, onde se buscava maiores lucros, permitindo que elas pudessem competir com as outras empresas concorrentes no mercado.

Depois da crise do Estado do Bem-Estar Social, que ocorreu devido à incapacidade do Estado de não conseguir mais assegurar os serviços públicos, diante da falta de recurso

financeiro e da quantidade excessiva de prestações de serviço, a terceirização ganhou novos propósitos.

A terceirização conseguiu impedir que a máquina estatal obtivesse um aumento desmedido de prestações de serviços públicos, dando a possibilidade de transferir para os entes privados, alguns serviços tidos como de caráter não essencial.

Segundo Livia Mendes Moreira Miraglia (2008, p. 69):

A ilusão provocada pelo toyotismo e pela terceirização gera apenas mais miséria e desigualdade social. As empresas não lucram e os empregados passam a ser duplamente subordinados sem, no entanto, receberem por tal.

O que pode ser observado é que a terceirização trouxe diversos benefícios para a estruturação e adaptação econômica da sociedade, mas também provocou alguns prejuízos sociais.

Ocorre que muitas empresas tem utilizado o instituto da terceirização como forma de esconder um real vínculo jurídico com o obreiro, na tentativa de não ter responsabilidade quanto àquele trabalhador.

É nesse momento que o Direito do Trabalho deve ganhar força para a regulamentação das diversas formas de relação de trabalho, impedindo que os institutos sejam utilizados sem a sua devida função.

Deve existir uma preocupação quanto à elaboração de Leis específicas para regulamentar o instituto da terceirização, pois, mesmo com os entendimentos sumulados e algumas Leis que falam a seu respeito, os efeitos pertinentes em relação à terceirização lícita e ilícita devem ser o mais claro possível.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

A história da terceirização no Brasil é considerada recente. O fortalecimento do fenômeno da terceirização no direito do trabalho brasileiro só aconteceu por volta de trinta anos atrás. Desde então, esse instituto ganhou forma, modificando as estruturas das relações de trabalho e ampliando a sua atuação.

Com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, houve a previsão de algumas formas de relação de trabalho como o da subempreitada e a empreitada. Essas duas formas previstas eram feitas por subcontratação, onde o empreiteiro contratava um subempreiteiro para realizar algum serviço.

Sabe-se que na época em que a CLT entrou em vigor, o fenômeno da terceirização ainda não tinha tanta força e relevância nas relações de trabalho existentes. Tanto que não houve uma maior preocupação com a previsão deste instituto nas consolidações das leis que previam sobre o direito do trabalho.

Nas décadas de 1930 e 1940, a economia do Brasil tinha como força principal o funcionamento das indústrias. Ocorre que, nesta época em que prevalecia o sistema da industrialização, o fenômeno da terceirização não tinha força alguma, uma vez que predominavam os contratos bilaterais entre empregado e empregador.

Note-se que o surgimento da CLT ocorreu basicamente nesta época em que as relações trabalhistas eram bilaterais, daí que o fenômeno do contrato trilateral não tinha força suficiente que justificasse a criação de normas específicas à sua utilização. Não é que não existisse nada parecido com a terceirização, existiam sim algumas relações que se aproximavam ao que hoje se tem como o instituto da terceirização, porém, não tinham relevância nas relações de trabalho, eram subcontratações sem grandes significados econômicos.

No início do Direito do Trabalho Brasileiro existiu apenas a referência em relação à subcontratação na CLT, não existiam nem jurisprudência e nem leis específicas que se referiam a tal instituto.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 436):

Mesmo no redirecionamento internacionalizante despontado na economia nos anos 1950, o modelo básico de organização das relações de produção manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante.

Mesmo depois de passado a década de 1930 e de 1940, a década de 1950 não foi muito diferente. O modelo que presenciava à época ainda era a mesma relação bilateral de trabalho, sem ainda uma força na existência de uma relação trilateral.

A terceirização no setor privado no Brasil ocorreu por volta da década de 50 e de 60, quando as indústrias tomaram conta da economia brasileira, e diante de suas necessidades mercadológicas, fizeram surgir as primeiras relações de trabalho que hoje já se pode chamar de terceirização.

O instituto da terceirização veio a ganhar força já no final da década de 1960. Isto decorreu do fato da existência de um Decreto-Lei nº 200/67 e da Lei nº 5.654/70. Entre o final dos anos 60 e o início dos anos 70, houve uma normatização relacionada ao instituto da terceirização no Brasil, ampliando a sua jurisdição.

A Lei de nº 5.645/70 que se refere à conservação e limpeza prevê em seus artigos o instituto da terceirização nesses setores.

Segundo o artigo 10 do Decreto-Lei de nº 200/67:

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

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

- a) Dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) Da administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

Pode-se perceber que o artigo 10 do Decreto-Lei de nº 200/67 é bem claro e específico quanto a sua atuação ser referente apenas aos entes públicos, não se referindo nada em relação a entes privados.

Já na década de 1970, mais especificamente no ano de 1974, surge uma lei que fala de uma forma específica da terceirização. Trata-se da Lei do Trabalho Temporário que é a lei de nº 6.019/74.

Foi a partir da década de 80 que a terceirização ganhou força e se espalhou por todo o Brasil, dando uma nova estrutura na forma das empresas se organizarem.

Essa época foi marcada pelo processo de globalização, vindo empresas de diversos Estados, dando uma nova roupagem ao mercado, o que exigiu das empresas uma nova forma de se organizarem para se adaptarem ao que lhe era posto pelos anseios sociais.

Surge também uma nova lei em relação à terceirização nos anos 80, que foi a Lei de nº 7.102/83. Esta lei permitia que a vigilância bancária fosse feita através da terceirização.

Uma grande diferença na terceirização existente entre a Lei do Trabalho Temporário e a Lei que se refere aos vigilantes bancários é que na terceirização dos vigilantes poderia ocorrer de forma permanente, o que não era possível de acordo com a Lei de nº 6.019/74.

Sabias são as palavras de Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 437):

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.

Mesmo não tendo previsão de normas que autorizavam a terceirização em certos setores privados, a sua prática ocorria nessas relações de trabalho. Apesar de não prever tal instituto em certa época, a utilização da terceirização era comum no setor privado quando estava presentes o trabalho de conservação e limpeza.

Diversas decisões foram sendo tomadas em relação ao fenômeno da terceirização criando também jurisprudências relacionadas a esse instituto, pois, estava cada vez mais presente nas relações trabalhistas.

Diante de diversas decisões tomadas a cerca do tema terceirização várias interpretações foram sendo concebidas também em relação ao tema. Com isso, o Tribunal Superior do Trabalho no intuito uniformizar o entendimento sobre esse assunto, sedimentou a súmula de nº 256 em 1986.

De acordo com a Súmula 256 do TST:

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.

Essa referida súmula foi cancelada e substituída pela súmula de nº 331 do TST em 1993:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de

vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

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

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

Várias empresas nacionais tiveram que utilizar o instituto da terceirização como forma de diminuir os custos, aumentando a qualidade dos produtos, melhorando, daí, a sua força de concorrência no mercado.

A globalização fez surgir uma grande concorrência entre as empresas que disputavam o mercado, exigindo que as mesmas se estruturassem com o instituto da terceirização como forma de permitir um menor custo e um maior lucro, aumentando a competitividade. Hoje em dia o que se vê em relação à terceirização é que ela transformou a forma de relação trabalhista. Várias modificações forem ocorrendo ao longo dos anos na forma como o mercado de trabalho funcionava.

Já em relação ao surgimento da terceirização no setor público, este ocorreu por volta do final da década de 70, quando o Governo descentralizou alguns serviços, dando a execução de algumas tarefas aos entes privados.

Antes da Constituição Federal de 88, a contratação de pessoas por meio de terceirização para prestar serviços a entes públicos não possuía maiores repercussões.

A terceirização de serviços prestados à Administração Pública foi modificada a partir da Constituição Federal de 1988, pois, esta previa uma norma que só permitia a admissão em cargo ou emprego público quando fosse através de concurso público.

Essa foi uma maneira encontrada para se evitar que o instituto da terceirização fosse utilizado no intuito de vincular um trabalhador como empregado público, pela utilização da terceirização ilícita.

No entanto, a máquina pública estava com excessivo número de funcionários, tendo altos gastos do dinheiro público para suportar este número de empregados.

A terceirização foi uma forma encontrada para diminuir esse número de empregados públicos, diminuindo conseqüentemente os custos dos órgãos públicos.

Desta forma, a terceirização pode ser utilizada como forma de contratação de obreiros especializados, de empresas privadas, para executarem atividades consideradas como não essenciais.

Várias normas foram sendo criadas e modificadas se adaptando aos novos anseios a que a terceirização estava proporcionando. O Direito do Trabalho passou por diversas transformações no quesito relacionado à terceirização.

Mas ainda não se sabe ao certo quanto à dimensão de todos os efeitos desse fenômeno da terceirização. Não estão previstas todas as conseqüências jurídicas referentes à terceirização lícita e ilícita.

A grande preocupação hoje referente à terceirização é exatamente saber quanto à extensão de responsabilidade da empresa prestadora de serviços, da tomadora de serviços e todos os direitos devidos ao obreiro terceirizado.

3.3. CONCEITOS E NOÇÕES GERAIS

A terceirização é um instituto relativamente novo no Direito do Trabalho. O significado do termo terceirização só veio aparecer nos dicionários de língua portuguesa recentemente.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 435):

A expressão terceirização resulta do neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes.

O neologismo criado em relação ao fenômeno da terceirização ocorreu dentro da área de administração de empresas. Originalmente este instituto foi criado pela Ciência da Administração de Empresas como forma de descentralização das atividades empresariais.

As empresas queriam descentralizar algumas de suas atividades, repassando para um terceiro a execução daquelas tarefas, que antes eram exercidas por elas próprias.

A terceirização seria uma forma de transferir a outrem alguma ou algumas das atividades presentes na cadeia de produção, sendo que esta empresa que realizaria os serviços seria uma empresa especializada naquela atividade, possibilitando que a empresa tomadora dos serviços obtivessem menos custos desnecessários com serviços que poderiam ser prestados, com até melhor eficiência, por essas outras empresas.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 435):

Outro neologismo criado para designar o fenômeno (também externo ao Direito), foi terciarização, referindo-se ao setor terciário da economia, composto pelos serviços em geral, onde se situam as empresas terceirizantes. Contudo, este epíteto não chegou a solidificar-se na identificação do fenômeno social, econômico e justralhista aqui examinado.

De todos os neologismos criados para se referir a esse instituto o mais adequado para o Direito do Trabalho, e o que mais se difundiu entre os doutrinadores, é o termo terceirização.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 435):

Para o direito do trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhista, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.

Verifica-se deste posicionamento que a terceirização coloca um trabalhador externo à empresa para que preste os seus serviços dentro da cadeia produtiva da empresa tomadora de serviços, sem que, no entanto, se vincule juridicamente a esta empresa.

A conceituação dada por Sérgio Pinto Martins (2009, p. 176) diz:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários.

A terceirização deve ocorrer para as atividades que não configurem como objeto principal da empresa, deve ser relativo às atividades acessórias. As atividades principais da empresa seriam as atividades-fim, enquanto que as atividades acessórias seriam as atividades-meio.

Para Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 450):

Atividade-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

A atividade-fim está intimamente ligada ao núcleo da dinâmica empresarial da empresa tomadora dos serviços. As outras atividades realizadas dentro da empresa que não esteja configurada como atividade-fim seria uma atividade-meio.

Na mesma direção é a conceituação do fenômeno da terceirização por 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". (2009, p. 452)

As atividades consideradas acessórias poderiam ser transferidas para outras empresas para que lhe prestem a referida tarefa. No entanto, as atividades que fossem consideradas como principais devem ser executadas pela própria empresa, não podendo transferi-las a qualquer outro ente.

Para Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 435):

A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhista pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O instituto da terceirização quebra a regra clássica da relação de emprego existente de forma bilateral, de um lado estando o empregador enquanto que do outro lado da relação está o empregado. O fenômeno da terceirização traz uma relação de trabalho trilateral, onde se encontram três sujeitos nessa relação.

De um lado teria o tomador de serviços que é a empresa que contrata outra empresa para que lhe preste algum serviço específico. Do outro lado tem a empresa prestadora de serviços que é a que cede os obreiros para exercerem sua força de trabalho na empresa tomadora de serviços. E ainda tem o obreiro que é o sujeito que presta serviços na empresa tomadora, mas que tem vínculo jurídico com a empresa prestadora de serviços.

Essa nova relação de emprego trilateral traz uma grande modificação na relação bilateral clássica existente. O vínculo jurídico de trabalho existente na relação bilateral é entre o

obreiro e a empresa onde ele presta os seus serviços. Porém, quando se está diante uma terceirização, o vínculo jurídico do obreiro não é com a empresa onde exerce sua força de trabalho, mas sim, com a empresa prestadora de serviços.

Esse vínculo jurídico modifica a responsabilidade das empresas quanto ao seu dever perante as dívidas trabalhistas. A regra é que quem possua vínculo jurídico direto com o obreiro seja o responsável pelos pagamentos de todos os direitos do trabalhador.

Ocorre que, em se tratando de terceirização, a empresa tomadora de serviços mesmo não tendo vínculo direto com o obreiro, pode ser responsável subsidiário pelas dívidas trabalhistas, caso essas dívidas não sejam quitadas pela prestadora de serviços.

A responsabilidade das empresas tomadoras de serviços na terceirização nem sempre vão ocorrer da mesma forma, pois a depender de quem seja a empresa tomadora de serviço, esta poderá ser responsabilizado subsidiariamente em quaisquer situações de terceirização lícita, quando se trata de ente privado, e em se tratando de ente público tomador de serviços, a responsabilidade será subsidiária a depender do caso concreto. Este tema será mais explorado a frente em um tópico específico.

O instituto da terceirização permite ainda a classificação entre uma terceirização lícita e terceirização ilícita. A terceirização lícita será aquela que esteja de acordo com o que as normas trabalhistas prevejam para o uso da terceirização. Enquanto que, a terceirização ilícita é quando este fenômeno é utilizado em desacordo com o que está previsto nos regulamentos trabalhistas.

O principal efeito da terceirização ilícita é que a empresa tomadora dos serviços vai possuir vínculo jurídico direto com o obreiro, ficando responsável diretamente por todas as verbas trabalhistas que forem de direito do trabalhador.

A terceirização continua sendo uma exceção à regra da clássica relação de trabalho bilateral, sofrendo ainda com a falta de normas específicas deste instituto, trazendo ainda uma insegurança quanto a sua utilização.

Nem todos os efeitos e consequências jurídicas da terceirização estão previstas em normas trabalhistas, o que gera ainda grande divergência nas decisões que tenham como objeto a terceirização.

3.4 ESPÉCIES DE TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

3.4.1 QUANTO AO GRAU DE EVOLUÇÃO DAS ATIVIDADES TERCEIRIZADAS

3.4.1.1 Terceirização da atividade-fim

Atividade-fim é aquela que está diretamente relacionada ao núcleo da atividade realizada pela empresa tomadora de serviços, sendo esta ação objeto principal da mesma. Esta atividade realizada é essencial para a cadeia produtiva da tomadora, não podendo ser realizada por outra empresa.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2009, p. 452):

Por atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.

Quando se visualiza uma atividade-fim da empresa, pode-se inferir a classificação socioeconômica da mesma perante a sociedade. É uma atividade que caracteriza aquela empresa.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 450):

Atividade-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Este conceito elaborado por Maurício Godinho é bem preciso e claro quanto ao que seja uma atividade-fim. Essa atividade define a essência da dinâmica empresarial da tomadora, sendo uma ação nuclear da empresa, classificando-a perante o contexto empresarial.

A atividade-fim não pode ser objeto de terceirização, pois caso esta atividade seja terceirizada, estará diante uma terceirização ilícita.

3.4.1.2 Terceirização da atividade-meio

Já a atividade-meio é toda aquela que não for considerada como uma atividade-fim. Ela não está diretamente relacionada ao núcleo da dinâmica empresarial. Esta atividade não classifica a empresa tomadora perante o contexto empresarial.

Para Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 450):

Esse grupo envolve atividades não expressamente discriminadas, mas que se caracterizam pela circunstância unívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços – não se ajustam, pois, às atividades-fim do tomador.

Toda atividade que não for considerada como principal, atividade-fim, será considerada uma atividade acessória, atividade-meio.

Como bem posiciona mais uma vez Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 450):

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Trata-se de uma atividade que não é objeto principal da tomadora de serviços. É uma tarefa que pode ser realizada por outra empresa que tenha a especialização nesta atividade. Pode ocorrer a terceirização dos serviços dessa atividade-meio.

3.4.2 QUANTO À LICITUDE

3.4.2.1 Terceirização lícita

A contratação de força do trabalho nas relações trabalhistas em regra deve observar o modelo clássico bilateral. A relação trilateral existente na terceirização ainda deve ser vista como uma exceção, as quais devem estar previstas em normas para a sua utilização.

Para a terceirização ser lícita é necessário que esteja prevista legalmente o seu tipo. Caso ocorra a terceirização de uma atividade que não esteja prevista na legislação esta não será lícita e sim ilícita.

Os tipos de terceirização lícita estão previstas na súmula 331 do TST. Elas se dividem basicamente em quatro grupos permitidos no direito pátrio.

O primeiro tipo de terceirização lícita está prevista nesta súmula em seu inciso I. Trata-se da autorização da contratação de trabalho temporário, Lei de nº 6.019/74.

Existem dois requisitos principais que devem ser preenchidos para que fique configurado o Trabalho temporário. Esses requisitos não são preenchidos concomitantemente, deve está presente ao menos um deles.

O primeiro deles é a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora. São casos em que um empregado regular e permanente por algum motivo é substituído por certo período. São casos como a licença maternidade, férias entre outros.

O segundo requisito trata-se da necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços da empresa. São casos em que por algum motivo houve aumento na demanda e tornou-se necessário a contratação de um obreiro para aquele período específico. São casos típicos de período natalino em que existe a necessidade de uma maior quantidade de mão de obra para este período.

Caso um desses dois requisitos deixe de estar configurado, extingue-se o trabalho temporário e caso permaneça o contrato, este não mais estará sujeito ao trabalho temporário. Este tema será abordado em um tópico específico permitindo uma análise minuciosa deste tema.

O segundo tipo de terceirização lícita está previsto na Súmula 331 do TST em seu inciso III. Trata-se da atividade de vigilância, regida pela Lei 7.102/83.

Antes da regência da súmula 331 do TST, existia uma súmula de nº 256 que permitia a contratação de serviço por empresa interposta para os casos de Trabalho Temporário e serviço de vigilância bancária regida pela lei 7.102/83.

Com a nova Súmula do TST de nº 331 a súmula de nº 256 do TST foi cancelada. Houve uma revisão ao enunciado da Súmula 331 do TST que permitiu não só a terceirização de vigilância no segmento bancário como era previsto na Lei nº 7.102/83, como a terceirização da atividade de vigilância praticada por qualquer empresa. Tanto que o seu texto normativo se referiu a atividade de vigilância de forma genérica.

A atividade de vigilância é praticada por um trabalhador especializado, podendo ser realizada por uma empresa prestadora de serviços, que firma um contrato de terceirização com a empresa tomadora de serviços.

O terceiro tipo de terceirização lícita está prevista na Súmula 331 do TST em seu inciso III. Trata-se das atividades de conservação e limpeza. Essas atividades são atividades passíveis de terceirização.

O quarto e último tipo de terceirização também está previsto no inciso III da Súmula 331 do TST. Trata-se dos serviços ligados a atividade-meio do tomador.

Todas as atividades realizadas na empresa que não forem consideradas como atividade-fim da empresa são classificadas como atividade-meio. As atividades-fim da empresa não pode ser objeto de terceirização, apenas as atividades-meio.

A atividade-meio é secundária, considerada acessória, que não caracteriza aquela empresa. A atividade-fim é essencial ao processo produtivo da empresa tomadora de serviços, faz parte do núcleo das atividades realizadas por esta empresa.

Este tema está sendo abordado em outro tópico específico para melhor compreensão do mesmo.

Outra questão de importância trazida dentro desta Súmula 331 do TST é que não pode estar presente na terceirização lícita o critério da Pessoaalidade e o da Subordinação do obreiro com o tomador de serviços. Caso um desses critérios esteja presente ela vai deixar de ser lícita e passará a ser ilícita.

Existe uma exceção quanto à presença da Pessoaalidade e da Subordinação do trabalhador com a tomadora que é na terceirização do Trabalho Temporário. Quando se trata de Trabalho Temporário, aquele obreiro que veio a substituir o outro empregado de forma temporária poderá estar presente tanto a Pessoaalidade quanto a Subordinação com o tomador de serviços.

3.4.2.2 Terceirização Ilícita

Em qualquer hipótese de terceirização que não seja equivalente a uma dos quatro grupos de terceirização lícita prevista na súmula 331 do TST, trata-se de uma terceirização ilícita.

A terceirização ilícita gera efeitos jurídicos previstos na própria Súmula 331 do TST, e um deles é o de vínculo direto com o tomador de serviços. Existem dois tipos de empregador na terceirização, quais sejam o empregador aparente e o empregador oculto. O empregador aparente é o relacionado à entidade terceirizante, enquanto que o empregador oculto se refere ao tomador dos serviços.

Quando se está diante de uma terceirização ilícita o obreiro deixa de possuir vínculo original com o empregador aparente, entidade terceirizante, e passa a ter vínculo direto com o tomador de serviços. Esse efeito só acontece quando se está diante de uma terceirização ilícita.

Na terceirização lícita jamais o vínculo do obreiro deixará de ser da prestadora de serviços para passar a ser da tomadora de serviços. O vínculo do obreiro na terceirização lícita sempre será diretamente ligado à entidade prestadora de serviços. Não há que se falar em vínculo jurídico com o tomador de serviço na terceirização lícita, pois, este será com a empresa terceirizante.

O reconhecimento do vínculo com o tomador de serviços na terceirização ilícita só poderá ocorrer quando esta tomadora for um ente privado. Quando estiver diante de um ente público como tomador dos serviços prestados pelo obreiro, em havendo a terceirização ilícita, impossibilitado está à ocorrência do vínculo jurídico com o ente público tomador dos serviços.

De acordo com a Constituição Federal de 88, em seu artigo 37, caput, II e § 2º, diz:

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

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

§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Pode-se perceber que de acordo com o artigo 37 da Constituição Federal de 88 a investidura em cargo ou emprego público tem como requisito a aprovação em concurso público, sob pena de ser nulo este ato.

Logo, existindo a terceirização ilícita e sendo o tomador de serviços um ente público, não poderá ser realizado o reconhecimento de vínculo com este ente, pois, a Constituição Federal veda a vinculo jurídico com o ente público se não for por meio de concurso público.

Outro efeito relativo à terceirização é quanto à isonomia salarial entre os obreiros contratados diretamente pela tomadora de serviços e os obreiros contratado por terceirização que sejam da mesma categoria.

De acordo com a Constituição Federal de 88 em seu artigo 7º, inciso XXXII:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

A Lei do Trabalho Temporário que é de número 6.019/74, em seu artigo 12, alínea “a” diz:

Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:
a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

Pode-se perceber claramente que a própria Constituição Federal de 88, bem como, a Lei do Trabalho Temporário, não permite que obreiros terceirizados recebam salário diverso do obreiro contratado diretamente pela tomadora de serviços, mesmo quando se tratar de terceirização lícita. Esse é o entendimento quando a terceirização envolver trabalhador temporário de mesma categoria do trabalhador com vínculo direto com o tomador.

De acordo com a Orientação Jurisprudencial 383 da SDI-I do TST:

OJ-SDI1-383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974(mantida) – Res. 175/2011 divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n.º 6.019, de 03.01.1974.

Quando estiver diante de uma terceirização ilícita, onde não possa ocorrer o vínculo com o tomador de serviços, por ser este um ente público, não afasta a isonomia salarial entre

os empregados terceirizados e os contratados diretamente pelo tomador de serviços quando estiver igualdade de funções.

Porém, a jurisprudência não é pacífica a este entendimento de salário equitativo nas outras hipóteses de terceirização, quando esta for lícita. Quando não estiver diante de trabalho temporário, e a terceirização for lícita, não há um entendimento jurisprudencial pacífico de que tenha que existir salário equitativo entre obreiros terceirizados e os contratados diretamente. Em relação à terceirização ilícita, ocorrerá o vínculo direto com o tomador, e quando não puder ocorrer este vínculo com o tomador por ser este um ente público, a OJ-SDI-I-383 não deixa afastar a isonomia salarial.

Quando estiver diante uma terceirização lícita ou ilícita e envolva trabalhador temporário, não resta dúvida quanto à existência de salário equitativo.

O fato do salário equitativo entre os obreiros terceirizados e os contratados diretamente não ser aplicado em todos os casos de terceirização, acaba sofrendo críticas doutrinárias como é o posicionamento de Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 454):

Trata-se, de um lado, dos preceitos constitucionais concernentes à ideia básica de isonomia (art. 5º, caput, ab initio, e inciso I, CF/88); preceitos concernentes à ideia da prevalência na ordem jurídica dos direitos sociotrabalhistas (art. 1º, III e IV; art. 3º, I, in fine e III, ab initio, e IV, ab initio; art.4º, II; art. 6º, art. 7º, caput, in fine; art. 7º, VI, VII, X; art. 100, ab initio; art. 170, III); preceitos constitucionais determinadores da proteção ampla do salário (art. 7º, VI, VII e X, CF/88).

A crítica feita quanto à falta de isonomia salarial entre os obreiros terceirizados e os contratados diretamente se dá basicamente quando se observa os preceitos constitucionais e os preceitos defendidos na esfera trabalhista, buscando o tratamento igualitário entre todos os trabalhadores e a proteção do salário.

Da mesma forma que se pode aplicar a isonomia salarial na terceirização quando envolver trabalho temporário, não existe razão para a discriminação da sua não utilização quando diante das outras formas de terceirização.

3.5 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA

A responsabilidade solidária dentro do instituto da terceirização foi prevista no artigo 16 da Lei nº 6.019/74, quando diz:

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

Pode-se perceber que a incidência da responsabilidade solidária ocorre especificamente no caso em que a empresa prestadora de serviços venha a falir. Essa responsabilidade solidária não atingiria todas as verbas do contrato de trabalho, apenas atingindo as que a lei expressamente especificou que seriam solidariamente responsáveis.

Ocorre que, a responsabilidade na terceirização não estava presente de forma clara e específica nos diplomas normativos legais. As outras hipóteses de terceirização careciam de previsão sobre a sua responsabilidade, gerando uma necessidade de interpretação hermenêutica perante os outros casos.

Em relação à responsabilidade na terceirização a Súmula 331 do TST também é clara e específica. De acordo com seu inciso IV:

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.

O entendimento desta sumula 331 do TST é de que o tomador de serviços não está isento do pagamento das obrigações trabalhistas referente ao obreiro terceirizado. A súmula é abrangente quando não especifica quais as verbas trabalhistas são de sua responsabilidade. Diferentemente do que ocorre no artigo 16 da Lei nº 6.019/74, o inciso IV da Súmula 331 do TST não especifica as verbas que são de responsabilidade subsidiária pelo tomador dos serviços. Logo, ele abrange todas as verbas do contrato de trabalho e não apenas aquelas específicas na lei do trabalho temporário.

A Súmula 331 do TST também não especifica que seria apenas em caso de falência, podendo ocorrer sempre que a empresa prestadora dos serviços seja inadimplente perante as dívidas trabalhistas.

Outra diferença no tema tratado pela Lei nº 6.019/74 e a Súmula 331 do TST é o tipo de responsabilidade. Enquanto na lei de trabalho temporário é responsabilidade solidária, a responsabilidade presente na Súmula é a responsabilidade subsidiária.

Esses limites e especificidades na Lei nº 6.019/74 quanto à responsabilidade na terceirização, foi superado pela Súmula 331 do TST, que abrange todos os casos em que

está envolvido o instituto da terceirização, abrangendo também os casos do trabalho temporário.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2009, p. 456):

O responsável subsidiariamente deverá arcar, em regra, com o pagamento de todas as parcelas que sejam, inicialmente, de responsabilidade do devedor principal. Ainda que ausente a culpa, sua posição assemelha-se à do fiador ou do avalista; não tendo havido o adimplemento da obrigação pelo devedor principal, incide, automaticamente, e sem quaisquer restrições, a plena responsabilidade daquele que, em última análise, figura na relação jurídica única e exclusivamente para garantir a integral satisfação do credor.

Na responsabilidade subsidiária existe uma ordem a ser seguida para o adimplemento da obrigação. A dívida inicialmente pertence à empresa prestadora dos serviços e caso esta empresa não pague as suas dívidas do contrato de trabalho com o obreiro terceirizado, a empresa tomadora dos serviços será responsável por esse débito.

O obreiro terceirizado não pode buscar a sua dívida inicialmente com a empresa tomadora de serviços, deve-se primeiro buscar o seu adimplemento com a empresa prestadora de serviços que é com quem possui vínculo jurídico direto, para depois, em caso de inadimplemento desta empresa, acionar subsidiariamente a empresa tomadora.

3.6 REGRAMENTO JURÍDICO DA TERCEIRIZAÇÃO

Um grande problema enfrentado na terceirização é em relação à ausência de uma lei específica própria. Muitas situações geradas pelo fenômeno da terceirização ainda não estão regulamentadas, o que dificulta a aplicação do seu instituto. Não estão previstos todas as consequências e efeitos gerados pela terceirização.

Ao invés, o que se verifica no ordenamento jurídico pátrio são normas esparsas que disciplinam alguns casos específicos de terceirização, prevendo alguns efeitos e consequências para aquelas situações. Há normas específicas para o setor privado, bem como, existem normas específicas que regulamentam a utilização da terceirização em serviços prestados para a administração pública.

3.6.1 Na Iniciativa Privada

A clássica relação de emprego no mercado brasileiro é uma relação bilateral. De um lado teria a presença de um empregado, que presta seus serviços à outra parte da relação, qual seja o empregador.

Esta clássica relação de emprego está expressa nos art. 2º, caput e no art. 3º, caput da CLT.

De acordo com o artigo 2º, caput da CLT:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

De acordo com o artigo 3º, caput da CLT:

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.

Esses dois artigos da CLT demonstram a relação bilateral existente entre o empregado e o empregador.

A terceirização quebra essa clássica relação bilateral, trazendo mais um sujeito para a relação de trabalho. A terceirização é composta por uma empresa prestadora de serviços, por uma empresa tomadora de serviços e por um obreiro que presta os serviços.

Os primeiros artigos que trazem hipóteses sobre subcontratação de serviços são os artigos 455 e o 652, a, II, da CLT.

Esses foram os primeiros artigos a preverem a subcontração de mão de obra, os quais deram início a todo o processo de terceirização no Brasil.

De acordo com o artigo 455 da CLT:

Art. 455. Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da Lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importância a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

De acordo com o artigo 652, a, II, da CLT:

Art. 652. Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

a) Conciliar e julgar:

III - os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice.

Esses artigos quando consolidados na CLT, reconheceram a existência de uma relação de trabalho formada não mais por apenas dois sujeitos, mas sim, a existência de um terceiro elemento na relação de trabalho.

A relação reconhecida pelo artigo 455 da CLT era composta pelo empreiteiro, pelo subempreiteiro e pelo empregado. Trata-se de uma relação formada por três sujeitos que era vista como uma relação excepcional, por não obedecer a clássica relação bilateral de trabalho.

Este artigo também reconhecia a responsabilidade solidária existente entre o empreiteiro e o subempreiteiro diante das dívidas trabalhistas não adimplidas perante o obreiro.

Caso o subempreiteiro não arcasse com os créditos trabalhistas do operário, este poderia exigir que o pagamento fosse realizado pelo empreiteiro. O subempreiteiro teria o papel da empresa prestadora dos serviços, enquanto que o empreiteiro teria o papel da empresa tomadora de serviço.

Este artigo previa a subcontratação de empresas quando estivessem diante de uma construção civil, permitindo que o empreiteiro contratasse com uma subempreiteira para que esta lhe cede-se trabalhador.

Já em 1974 surge uma Lei que vem para regulamentar o trabalho temporário. A Lei de Trabalho Temporário, Lei nº 6.019/74, permitia a substituição de empregado ou acréscimo por período não superior a três meses, tendo que respeitar outro requisito.

De acordo com o artigo 2º da Lei de nº 6.019/74:

Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

Pode-se perceber que o artigo 2º desta lei coloca como um dos requisitos que seja a substituição de uma pessoa regular e permanente. Caso a substituição não seja realizada diante de uma pessoa regular ou permanente, não estará configurado o trabalho temporário.

O outro requisito exigido neste artigo é a exigência de que haja um acréscimo extraordinário da demanda para que se possa contratar uma pessoa para suprir essa necessidade da empresa.

Para que se configure o trabalho temporário é necessário que esteja presente um desses dois requisitos previsto no artigo 2º desta lei, sendo que o prazo máximo é de três meses, podendo ser prorrogado caso continue se configurando os requisitos exigidos.

Esta lei ainda previu em seu artigo 16º que:

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

De acordo com este artigo, em caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora será solidariamente responsável pelo período em que o obreiro lhe prestou os serviços, das dívidas previstas nesta referida lei.

Surgiu então em 1983, a primeira lei que previa o instituto da terceirização de serviços no setor privado. A Lei de nº 7.102/83 disciplinava em relação a segurança e transporte de valores para estabelecimentos financeiros.

Esta referida lei permitia que a terceirização fosse dada de forma permanente para os setores de vigilância em estabelecimentos bancários. Era uma lei que especificava que a categoria que poderia ser terceirizada era a de vigilante bancário.

Já em 1994, surgiu a Lei de nº 8.863, ampliando as possibilidades de terceirização de serviços de vigilância. Com o advento desta lei, não só os estabelecimentos bancários poderiam ter seus vigilantes contratados por terceirização, mas qualquer instituição ou estabelecimento público ou privado.

A Lei de nº 8.863/94 alterou o artigo 10 da Lei nº 7.102/83, ampliando as possibilidades de terceirização de serviços que podiam ser prestados.

De acordo com o artigo 10 da Lei de Nº 7.012/83, após a alteração diz:

Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: (Redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994)

I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;

II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

§ 1º Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 2º 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)
§ 3º Serão regidas por esta lei, pelos regulamentos dela decorrentes e pelas disposições da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária e penal, as empresas definidas no parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994).

A Lei de nº 8.949/94 acrescentou o parágrafo único ao artigo 442 da CLT, o qual trouxe mais uma forma legal de ocorrer à terceirização de serviços.

Segundo o artigo 442, parágrafo único da CLT:

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre eles e os tomadores de serviços daquela.

Este dispositivo autorizou que as pessoas contratadas por cooperativas, com essas não teriam vínculo empregatício com os tomadores de serviços e nem entre os cooperados.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 441):

Isso significa que a ordem jurídica apenas favoreceu a prática cooperativista, envolvendo produtores e profissionais efetivamente autônomos (como cabe às cooperativas); neste favorecimento, criou, em favor dessas entidades, a presunção de ausência de vínculo empregatício. Porém não conferiu ao cooperativismo instrumental para obrar fraudes trabalhistas.

Este parágrafo único do artigo 442 da CLT, não permitiu que o instituto da terceirização pudesse ser usado para fraudar qualquer relação de trabalho existente nas cooperativas. Ele apenas criou uma presunção de ausência de vínculo.

Caso a cooperativa não esteja funcionando de acordo com os ditames legais que lhe regem, o vínculo jurídico deverá prevalecer.

3.6.2 No Âmbito Da Administração Pública

A primeira forma regularizada de ajustamento de contrato relativo a serviços prestados em favor da Administração Pública ocorreu em 1967. O Decreto Lei de nº 200 do ano de 1967 veio a modificar a estrutura administrativa federal que fora introduzida pelo governo militar.

O governo militar tinha como característica a centralização administrativa, dando ao Estado o poder em relação a todas as decisões que deviam ser tomadas. Todos os serviços públicos deviam estar sobre o controle da Administração Pública.

O Decreto Lei de nº 200 de 1967 visou a promoção da descentralização administrativa. Antes todas as tarefas que estivessem envolvendo a Administração Pública eram por ela controladas.

Com a descentralização da administração, algumas tarefas foram sendo transferidas para o poder privado, dando a oportunidade para que a iniciativa privada executasse algumas tarefas que antes eram executadas pelo setor público.

Essas tarefas eram transferidas por meio de contratos e concessões feitos entre o ente público e o ente privado. Essas tarefas eram fiscalizadas, controladas e coordenadas pelo ente do órgão público.

De acordo com o Decreto Lei de nº 200 de 1967, em seu artigo 10, §1º:

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

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

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

O próprio Decreto Lei diz que deve ocorrer a descentralização da Administração Federal, e esclarece a forma como essa descentralização deve ocorrer. Ordena que seja distinta a direção da execução e que seja feito para órbita privada, por intermédio de contratos e concessões.

Na concessão, a Administração Pública passa para o ente privado a prestação do serviço público, dando a ele a gestão desses serviços.

Já a contratação é quando o ente público transfere para o ente privado, através de um contrato, a execução dos serviços públicos que serão por eles prestados.

Quando se fala em terceirização do serviço público, é exatamente quando um ente público, através de um contrato, conquistado por intermédio de uma licitação, transfere à empresa ganhadora a execução daquela atividade que fora licitada.

De acordo com o Decreto Lei de nº 200 de 1967, §7º:

§ 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.

Pode-se perceber que o objetivo proposto por este parágrafo 7º foi impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, dando a oportunidade para que algumas tarefas executivas sejam feitas de forma indireta, por intermédio de contrato, por um ente da iniciativa privada que tenha capacidade para tal.

Trata-se de uma terceirização dos serviços públicos que em regra eram prestados pela Administração Pública, mas que, como não foi possível a sua execução por essa administração, transfere essa execução para que seja realizada de forma indireta.

De acordo com a Lei de nº 5.645 de 1970 em seu artigo 3º, parágrafo único:

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.

O parágrafo único do artigo 3º desta lei especificou quais eram os serviços possíveis de serem executados de forma indireta, tais como, limpeza e conservação.

De acordo com o artigo 5º, II, do Decreto Lei de nº 2.300 de 1986:

Art 5º. Para os fins deste decreto-lei, considera-se:
II - Serviço - toda atividade realizada direta ou indiretamente, tais como demolição, fabricação, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, comunicação ou trabalhos técnicos profissionais;

Este artigo 5º elenca quais são os serviços que podem ser licitados e feitos sob forma de contrato junto ao ente público.

Já em 1988, com o advento da Constituição Federal, foram impostos limites à forma de contratação por meio de terceirização.

De acordo com o artigo 37, XXI da CF/88:

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

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública

que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O Decreto Lei de nº 2.300 de 1986 foi substituído depois que a Lei nº 8.666/93 regulamentou o artigo 37, XXI da Constituição Federal de 88.

De acordo com o artigo 1º da Lei nº 8.666 de 1993:

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

A própria Constituição Federal de 88 limita a terceirização dos serviços públicos, devendo respeitar alguns princípios por ele elencados, além de que só poderão ser realizadas através de licitações.

Essas licitações deverão obedecer a igualdade das condições entre os concorrentes, respeitando apenas a exigência relativa a qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações por ela contratadas.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 445):

Os limites da Constituição ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras assecuratórios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, III, combinado com o art. 170, caput), da busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

A nova lei que trouxe artigos sobre as licitações, a Lei de nº 8.666/93, não demonstrou nenhuma grande modificação em relação ao que a outra lei previa sobre as licitações. Ela trouxe mais uma vez um rol exemplificativo de atividades que podiam ser terceirizadas por meio de licitação.

A Lei de nº 8.666/93 regulamentou em seu artigo 71, §§1º e 2º sobre a responsabilidade da Administração Pública quando esta estiver envolvida em contratos de terceirização.

De acordo com a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 71, §§1º e 2º:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a

regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Fazendo uma leitura deste artigo 71 em seu parágrafo 1º, percebe-se que o legislador procurou afastar a Administração Pública da responsabilidade quanto a encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais referentes à inadimplência do contratado.

A Administração Pública, através de licitação, contrata com uma empresa prestadoras de serviços, para utilizar a força de trabalho dos obreiros desta em atividades realizadas no ente público. A Administração Pública é a tomadora dos serviços prestados.

O vínculo jurídico de trabalho existente é entre a prestadora de serviços e seus obreiros. O trabalhador não possui vínculo jurídico com a tomadora dos serviços, apenas prestando-lhe a sua força de trabalho.

O que este artigo 71 da Lei de Licitações de 93 trouxe foi a irresponsabilidade da Administração Pública perante as dívidas inadimplidas pela empresa prestadora de serviço com o seu empregado. Dívidas essas referentes aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

Os anseios sociais demonstravam que a Lei de nº 5.645 de 1970, que permitiu que algumas atividades fossem executadas de forma indireta, não estava mais compatível com a realidade da época.

Então esta Lei foi revogada, sendo editado o Decreto de nº 2.271 em 97, dispondo sobre a contratação de serviços pela Administração Pública.

De acordo com o Decreto de nº 2.271 de 97, em seu artigo 1º, §§1º e 2º:

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

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

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Com este Decreto, o poder legislativo conferiu à Administração Pública um rol exemplificativo das atividades que poderiam ser executadas de forma indireta.

No entanto, ele também trouxe a noção de atividades acessórias, complementares, dando à Administração Pública a possibilidade de a partir do caso concreto, verificar a possibilidade da execução indireta daquela atividade. Melhor dizendo, as tarefas que poderiam ser objeto de terceirização.

Em seu parágrafo 2º foi vedado a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas por planos de cargo.

Essa flexibilização quanto aos limites previstos em lei para a utilização da terceirização de serviços prestados, permitiu um grande aumento no processo de terceirização das atividades realizadas em função do ente público.

Diante do exposto, pode-se perceber que o instituto da terceirização quando avaliado diante da previsão de normas específicas para a sua utilização, bem como para os seus efeitos, ainda não está muito bem definido.

Tanto na utilização da terceirização pelo ente privada, quanto pelo ente público, ainda não se encontram respostas definidas quanto a responsabilidade por débitos trabalhistas, bem como quanto aos limites da utilização dos serviços por terceirização.

O legislador previu quanto a utilização da terceirização exemplificando algumas atividades, mas também não foi preciso quanto ao limite dessa utilização. Não se sabe ao certo quais atividades podem ser terceirizadas, pois existem algumas atividades que geram dúvidas quanto a possibilidade da sua utilização por empresa terceirizada.

Não se sabe ao certo quanto a responsabilidade por inadimplemento das dívidas trabalhistas pela empresa contratada, pois existe um aparente conflito entre o que está previsto na Lei de Licitações e o entendimento sumulado do TST de nº 331.

3.7 REGRAMENTO JURISPRUDENCIAL

As normas jurídicas previstas no Direito do Trabalho brasileiro não demonstraram força suficiente para responder a todos os quesitos relacionados ao instituto da terceirização.

Muitas dúvidas, indefinições, incertezas, existiam quanto ao fenômeno da terceirização, incluindo nessas imprecisões tanto a questão relativa a conceitos abrangentes, sem prever o limite exato quanto a utilização da terceirização, bem como relativo a responsabilização das entidades prestadoras e tomadoras dos serviços pelos débitos trabalhistas.

Diante deste quadro de insegurança quanto aos efeitos e utilização do instituto da terceirização, diversas decisões e interpretações das leis que se referiam ao fenômeno da terceirização fizeram surgir entendimento jurisprudencial em relação a este assunto.

O entendimento jurisprudencial veio no intuito de dar mais segurança quanto a utilização da terceirização. Buscando um conceito mais específico do instituto, tentando limitar o campo de possibilidade, e prevendo a responsabilidade dos entes que se utilizarem da terceirização.

3.7.1 Súmula nº 256 do TST

O Tribunal Superior do Trabalho na década de 80 sumulou um entendimento a respeito da terceirização de tarefas.

Segundo a Súmula nº 256 do TST:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

O entendimento do TST em relação ao instituto de terceirização era muito limitado ainda aos casos previstos na Lei de Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74) e a Lei de nº 7.102/83 que previa a terceirização nos serviços de vigilância bancária.

Para o TST todos os outros casos de contratação de trabalhadores por empresas interposta, se enquadraria em uma terceirização ilícita, gerando vínculo jurídico de trabalho diretamente com o tomador de serviços.

O contrato de trabalho realizado por terceirização era visto como uma exceção, só se admitindo a sua utilização nas formas previstas pela Lei do Trabalhador Temporário e para os casos de vigilância em instituições financeiras.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 446):

A súmula trazia alguns tópicos orientativos de grande relevância. Nessa linha, fixava como claramente excetivas na ordem jurídica as hipóteses de contratação terceirizada de trabalho. A regra geral de contratação mantinha-se, em tal contexto, com o padrão empregatício constante da CLT. Em consequência dessa vertente orientativa, caso considerada ilícita a terceirização perpetrada (por situar-se fora das alternativas das Leis ns. 6.019 ou 7.102, segundo a súmula), determinava-se, para todos os fins, o estabelecimento do vínculo empregatício clássico com o efetivo tomador de serviços.

Nesta época em que foi sumulado esse entendimento pelo TST, as relações trabalhistas ainda eram realizadas na clássica forma bilateral, onde de um lado tem o empregado e do outro lado o empregador.

A relação trilateral existente na terceirização era considerada exceção, só podendo se utilizar deste instituto quando previsto nas referidas leis, pois, caso não respeitasse a regulamentação, estaria diante uma terceirização ilícita, gerando um vínculo direto com o tomador de serviços.

A súmula de nº 256 do TST limitou as hipóteses de terceirização para que sua utilização só ocorresse quando diante da previsão da Lei do Trabalhador Temporário e do serviço de vigilância prestado em instituições financeiras.

Ocorre que, essa limitação no entendimento sumulado do TST, ia de encontro à previsão do artigo 10 do Decreto-Lei nº 200 de 1967. Este decreto previa a descentralização da Administração Pública, permitindo que algumas atividades fossem executadas por entes privados.

Também não estava previsto dentro da Súmula nº 256 do TST, as exceções previstas na Lei nº 5.645/70. Esta referida lei previu algumas atividades que poderiam ser executadas por terceirização, como a atividade de conservação e de limpeza.

Logo, essa referida súmula teve uma limitação muito grande em relação ao instituto da terceirização, pois, quando o TST sumulou esse entendimento, outras normas já previam a terceirização de outras atividades não comportadas por tal súmula.

Sendo assim, este entendimento sumulado não estava compatível com as normas que previam sobre o instituto da terceirização. Além de que o processo de terceirização já estava muito avançado para a sua utilização ficar limitada àquela prevista na súmula.

Esta súmula teve o seu entendimento revisado, sendo elaborada uma nova súmula que veio a substituí-la.

3.7.2 Súmula nº 331 do TST

A nova súmula que veio substituir a súmula de nº 256 do TST, ocorreu mediante a Resolução Administrativa nº 23 de 1993. Houve o cancelamento da Súmula nº 256 sendo editada uma nova súmula de nº 331.

O texto original da Súmula nº 331 do TST era composto por quatro incisos que assim disciplinavam:

Súmula nº 331 do TST – Contrato de Prestação de Serviços

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 na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Pode-se extrair o entendimento desta súmula que de acordo com o inciso I, a utilização do instituto da terceirização continuou sendo uma exceção a regra da clássica relação de trabalho bilateral.

De acordo com o inciso I, caso não estivesse diante de um trabalho temporário, a terceirização seria ilícita e deveria formar o vínculo direto entre o obreiro e o tomador de serviços.

Já no inciso II, o legislador previu que em caso de terceirização ilícita quando utilizadas pelo ente público, esta terceirização não geraria vínculo direto com a Administração Pública, sendo vedado pelo artigo 37, II, da CF/88, a investidura em cargo ou emprego público que não seja por prévia aprovação em concurso público.

Como a Súmula de nº 331 foi editada posterior à CF/88, esta foi elaborada de forma compatível aos anseios defendidos por esta Constituição. A Constituição Federal de 1988 vedou expressamente a vinculação de qualquer pessoa ao poder público que não fosse por intermédio de concurso público.

Tendo em vista que em regra a os efeitos da realização de uma terceirização ilícita seja a vinculação direta entre o obreiro e a tomadora de serviços, esta referida súmula já regulamentou impedindo que este efeito se estendesse em casos que tivesse a participação de um órgão público em uma terceirização ilícita.

Já no inciso III, esta súmula ampliou o rol de casos possíveis de terceirização, as chamadas terceirizações lícitas, incluindo além dos casos previstos na Lei de Trabalhadores Temporários, quando estiver diante de um serviço de vigilância, conservação e limpeza.

Este inciso ampliou ainda mais o campo de possibilidade de contratação por intermédio da terceirização, trazendo a sua licitude em relação a qualquer atividade que seja considera atividade-meio, desde que inexista a pessoalidade e a subordinação.

Este termo trazido pela súmula de atividade-meio ampliou de forma significativa a aplicação do fenômeno da terceirização. Qualquer atividade da empresa que não fosse de sua essência, que não fosse referente à sua atividade-fim, poderia ser executada através da terceirização.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2009, p. 452):

Por atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.

Atividade-fim seria aquela que de alguma forma especificaria a empresa de acordo com esta atividade realizada.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 450):

Atividade-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Atividade-fim estaria ligada ao núcleo da dinâmica empresarial, sendo que esta atividade de alguma forma define e classifica aquela empresa no mercado empresarial.

Do outro lado estaria a atividade-meio, não fazendo parte do núcleo de atividades da empresa, não sendo atividade essencial caracterizadora de sua classificação.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 450):

Esse grupo envolve atividades não expressamente discriminadas, mas que se caracterizam pela circunstância unívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços – não se ajustam, pois, às atividades-fim do tomador.

Essa atividade-meio está relacionado à atividade auxiliar, periférica da empresa, que quando observada, não define a classificação daquela empresa.

Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 450):

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Já o inciso IV, trouxe a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quando as dívidas trabalhistas não forem adimplidas pelo prestador de serviços aos seus obreiros. No entanto houve uma dúvida a respeito de quem estaria englobado nessa responsabilidade, se ela foi prevista tanto para os entes privados quanto para os entes públicos, ou apenas para os entes privados.

Ocorre que a Lei de Licitações, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 71, §1º diz que:

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

Em relação à Administração Pública, houve um desencontro no entendimento dado pela Súmula nº 331 do TST e a Lei 8.666/93, pois, enquanto um responsabiliza a Administração Pública de forma subsidiária por inadimplemento de dívidas trabalhistas pela prestadora de serviços, a outra excluía a responsabilidade do ente público.

Para resolver esse aparente conflito entre a referida súmula e a Lei de Licitações, o TST editou uma resolução de nº 96 alterando o inciso IV da Súmula nº 331 do TST.

A nova redação do inciso IV da Súmula nº 331 do TST ficou assim definida:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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 (artigo 71 da Lei nº 8.666/93).

Essa resolução de nº 96 foi decidida em 11 de setembro de 2000, esclarecendo que o inciso IV da Súmula nº 331 do TST estaria englobando também a Administração Pública na responsabilidade subsidiária das dívidas trabalhistas inadimplidas.

Porém, em 24 de novembro de 2010, foi prolatada a decisão de uma Ação Direta de Constitucionalidade, ADC nº 16. Essa referida decisão decretou o artigo 71 da Lei de nº 8.666/93 constitucional. Com isso, a Administração Pública não poderia mais ser considerada como responsável subsidiário por dívidas trabalhistas não pagas em qualquer situação.

A par desse entendimento, resolveu o TST ajustar a Súmula nº 331 de forma a modificar o inciso IV, e criar mais um novo inciso, o V, para adaptar a referida súmula à decisão relacionada à Ação Direta de Constitucionalidade.

Os incisos IV, V da Súmula nº 331 do TST ficaram com a seguinte redação:

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

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

Em relação à modificação ocorrida no inciso IV da súmula, ela se referiu à responsabilidade subsidiária de uma forma geral. Retirou a especificação quanto à responsabilidade da Administração Pública neste inciso, vindo a se referir de forma específica do ente público no inciso seguinte.

Foi inserido o inciso V na referida súmula peculiaridade referente aos entes públicos. Esse inciso permite que a Administração Pública responda de forma subsidiária perante as dívidas trabalhistas, desde que ela tenha colaborado de forma culposa quanto a

fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços.

Ela traz o entendimento de que essa responsabilidade da Administração Pública não é objetiva, ela depende da culpa da mesma para que seja responsabilizada. A culpa tratada nesse inciso é a *culpa in vigilando*, a culpa quanto a sua fiscalização.

Em maio de 2011 houve a inclusão de mais um inciso nesta súmula, o inciso IV, através da resolução de nº 174:

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

Este inciso veio para de forma expressa responsabilizar o tomador de serviços perante todas as verbas que decorrerem da condenação enquanto o obreiro estava lhe prestando serviços, de forma subsidiária.

Uma questão muito importante desta súmula foi a presença da diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, bem como, trouxe a Súmula de nº 331 a existência de terceirização lícita e terceirização ilícita e seus efeitos.

Tendo em vista a falta de normas específicas quanto ao instituto da terceirização, a jurisprudência tem percorrido um caminho para acompanhar e compatibilizar os entendimentos jurisprudenciais com os anseios buscados nas normas regulamentadas e princípios que dizem respeito à terceirização.

Com a Súmula nº 331 do TST foi possível uma maior compreensão sobre o fenômeno da terceirização, tentando uniformizar as decisões, e prevendo as consequências jurídicas deste instituto.

3.8 TERCEIRIZAÇÃO ATRAVÉS DA LEI Nº 6.019/74 – TRABALHO TEMPORÁRIO

Um dos modelos de terceirização lícita previsto legalmente é quanto a trabalho temporário. Com o passar do tempo, a dinâmica do mercado de trabalho mostrou-se carente de uma relação de emprego que pudesse satisfazer certas demandas específicas. E para suprir essa necessidade foi criado a figura do trabalhador temporário,

previsto na lei de nº 6.019/74, onde a relação de trabalho é diferente da clássica relação de emprego que é bilateral.

A lei 6.019/74 quando cria o trabalhador temporário, modifica a relação de emprego para uma relação onde se encontram a presença de três partes. Tem de um lado a empresa de trabalho temporário que mantém o vínculo jurídico direto com o trabalhador temporário, que é a empresa terceirizante. De outro lado tem a empresa tomadora dos serviços que é o local onde o trabalhador temporário presta os seus serviços. E como terceiro elemento da relação, tem o próprio trabalhador temporário, que possui vínculo jurídico com a empresa prestadora de serviços e que presta a sua força de trabalho na empresa tomadora dos serviços.

Pode-se perceber que a Lei nº 6.019/74 ao criar a figura do trabalhador temporário, cria consequentemente a relação de trabalho trilateral, tratando-se do processo de terceirização.

Existe diferença clara nas figuras do trabalhador que tem contrato com prazo determinado e a figura do trabalhador temporário. Enquanto este é regido pela Lei de nº 6.019/74, aquele é regido pela própria CLT nos artigos 443 e 445.

De acordo com o artigo 443 da CLT:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada

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

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

O artigo 445 da CLT diz:

Art. 445. O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do Art. 451.

Parágrafo único. O contrato de experiência não poderá exceder de 90 (noventa) dias.

O trabalhador com prazo determinado possui o seu vínculo jurídico diretamente ligado à empresa tomadora dos serviços, enquanto que o trabalhador temporário possui seu vínculo jurídico com a empresa prestadora dos serviços.

De acordo com o artigo 2º da Lei de nº 6.019/74:

Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

Pode-se perceber que existem dois critérios que devem ser observados para a legalidade do trabalho temporário, quais sejam atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou o acréscimo extraordinário de serviços. Logo, a figura do trabalhador temporário cabe nessas duas situações.

O artigo 4º da Lei de Nº 6.019/74 diz no que compreende a empresa de trabalho temporário:

Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

Essas empresas de trabalho temporário são empresas prestadoras de serviços, que possuem o vínculo jurídico com o trabalhador temporário.

De acordo com Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 461):

Trabalhador temporário é aquele que, juridicamente vinculado a uma empresa de trabalho temporário, de quem recebe suas parcelas contratuais, presta serviços a outra empresa, para atender a necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário dos serviços da empresa tomadora.

Como foi dito anteriormente, a Lei de nº 6.019/74 prevê duas hipóteses de contratação de trabalhador temporário pela empresa tomadora, os quais são fornecidos pela empresa terceirizante. As duas hipóteses estão prevista no artigo 2º desta lei, e são no acréscimo extraordinário de serviços ou necessidade transitória de substituição.

Em relação à circunstância de acréscimo extraordinário de serviços, ocorre quando a empresa tomadora de serviços necessita de forma excepcional de uma maior quantidade de trabalhadores para um determinado período onde se exija uma maior produção. Essa excepcionalidade pode ocorrer quando diante de uma época natalina, onde a procura por presentes é maior, e a produção naquele período específico, necessita de uma maior quantidade de trabalhadores.

Pode-se perceber que ao término deste momento excepcional da necessidade de um maior numero de trabalhadores, não mais poderão ser contratado e nem mantidos tais

trabalhadores temporários, sob pena de se constituir uma terceirização ilícita, acarretando desta forma, o vínculo jurídico direto com a tomadora dos serviços.

Já a outra situação que se refere a atendimento a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora, ocorre em casos como licença maternidade, férias, entre outras. Estão relacionados não a um período excepcional de produção e sim de fatos rotineiros que todas as empresas estão propensas a ocorrer.

Para que a contratação de trabalhador temporário seja uma terceirização lícita, deve-se observar a existência de uma das duas hipóteses citadas, evitando assim, a formação de uma terceirização ilícita, para poder mantêm o vínculo jurídico com a empresa terceirizante.

De acordo com a Súmula 331, I, do TST:

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).

Logo, em caso da contratação de trabalhadores temporários, sem a observância das hipóteses previstas na Lei de nº 6.019/74, formar-se-á o vínculo diretamente com o tomador dos serviços.

O Decreto n. 73.841/74, em seu artigo 2º, diz:

Art 2º - A empresa de trabalho temporário tem por finalidade colocar pessoal especializado, por tempo determinado, à disposição de outras empresas que dele necessite.

De acordo com o artigo 4º da Lei de nº 6.019/74, o trabalhador temporário deve ser devidamente qualificado, e o artigo 2º do Decreto n. 73.841/74, diz que deve ser pessoal especializado. Estes são dois requisitos instituídos por lei na tentativa de evitar fraudes, nos instituto da terceirização, para que o trabalhador contratado exerça a função para o qual foi requisitado.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO CIVIL

A responsabilidade civil é a obrigação que uma pessoa tem perante a outra quando lhe causa um dano. Tem-se que observar até que ponto a pessoa que causou o dano pode ser responsabilizada. Em regra, para se responsabilizar uma pessoa pelo dano causado a outra deve existir o elemento culpa.

De acordo com o caput e o parágrafo único do Artigo 927 do CC/02:

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

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

Existe o dever de reparação previsto no Código Civil de 2002 em seu artigo 927, quando uma pessoa causar um dano a outra pessoa na prática de um ato ilícito.

Segundo o artigo 186 e o 187 do Código Civil de 2002:

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

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

A conceituação do que seja um ato ilícito esta expressa nos artigos 186 e 187 do CC/2002. De acordo com esses artigos vai cometer um ato ilícito aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar algum direito, além de causar um dano à outra pessoa.

Pode-se perceber que o cometimento de um ato ilícito pode ser feito através de uma ação ou de uma omissão. A pessoa pode praticar um ato ilícito quando este agir ou deixar de agir quando deveria ter agido. Pode ocorrer por uma negligência da pessoa que é quando ela não tem o cuidado suficiente. E pode ocorrer ainda por imprudência que é quando existe um comportamento positivo do sujeito, porém de forma imponderada.

Observa-se que o próprio artigo 186 do CC de 2002 traz ainda a necessidade da existência de um dano para se caracterizar o ato ilícito. Esse dano pode ser tanto na esfera material quanto na esfera moral.

Além do dano ainda deve estar presente a violação de um direito. Trata-se de uma conduta antijurídica, que esteja em desacordo com as normas do direito posto.

Outro requisito necessário para que se caracterize a conduta como ilícita é o nexo de causalidade existente entre a conduta do agente e o dano causado.

Segundo Maria Helena Diniz (2003, p. 34) assim define a responsabilidade civil:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

A responsabilidade civil se baseia na ideia de que quem causa dano a outrem, mediante conduta antijurídica, tem o dever de indenizá-lo. Para que ocorra de fato a responsabilidade, devem estar presentes três requisitos necessariamente, quais sejam: dano, conduta antijurídica e nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

A responsabilidade pode ser classificada em subjetiva e objetiva. A subjetiva é aquela que não haverá responsabilidade se não houver culpa, deve-se provar a culpa para que se possa exigir a responsabilidade. Para se observar a culpa deve verificar se teve dolo (intenção) ou se agiu de forma negligente, imperito ou imprudente. Já a responsabilidade objetiva é aquela que independe de culpa, apenas se verificando o resultado.

Para Sílvio Rodrigues (2002, p. 10):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Quando se está falando em responsabilidade objetiva a culpa pode ser presumida ou mesmo desnecessária. Ela foi baseada na teoria do risco de dano que diz que o agente responde pelo dano causado com a atividade exercida, independente da intenção de ter provocado aquele dano.

Mesmo que a pessoa não tenha culpa quanto a ocorrência do dano, pelo fato de estar exercendo uma atividade que existe o risco de causar um prejuízo a outra pessoa, deve responder pelos danos causados.

Em regra a responsabilidade no direito civil brasileiro está relacionada com a existência do elemento culpa. O próprio artigo 927 do CC/2002 diz que os casos em que independem de culpa devem estar previsto em lei, o que demonstra ser exceção à regra.

O artigo 187 do CC/2002 ainda traz forma de se praticar um ato ilícito. Seria também considerado um ato ilícito aquele que extrapola os limites de seu direito. A pessoa apesar de possuir um determinado direito, quando vai exercê-los não respeita os limites impostos por sua finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Este ato ilícito configura o abuso de direito.

Existem alguns casos que são excludentes da responsabilidade civil. Mesmo que tenha se configurado o dano, por inexistir o nexo de causalidade ele não poderá ser imputado àquele sujeito. Dentre essas situações que desconstitui o dever de indenizar tem a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e de força maior e fato de terceiro.

Em relação à culpa exclusiva da vítima é quando o agente em nada contribuiu para aquele dano, rompendo com o nexo de causalidade, pois a vítima agiu de forma culposa.

Em relação ao caso fortuito e força maior, pela ocorrência de um fato que não podia ter sido previsto, e nem evitado pelo agente ou por qualquer outra pessoa que estivesse no seu lugar, o devedor não responderá pelos prejuízos.

A exclusão por fato de terceiro é quando exclui o agente da responsabilidade de um dano que não fora cometido por ele. A conduta não parte do agente e sim de um terceiro que não faz parte daquela relação. Vai ser inexistente o nexo causal entre o dano e o agente.

A responsabilidade civil ainda pode ser classificada sob dois aspectos, quais sejam a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual.

A responsabilidade civil contratual é aquela que decorre de um contrato elaborado entre os sujeitos, sendo que o não cumprimento de uma de suas cláusulas será de responsabilidade daquele que descumpriu, tendo o dever de indenizar à pessoa que sofreu o dano por este fato.

Já a responsabilidade civil extracontratual é aquela responsabilidade que não decorre do descumprimento de alguma cláusula contratual. Esta responsabilidade decorre do descumprimento de uma norma ou de uma regra que tenha relação com o direito pátrio. Não existe um contrato pré-estabelecido, mas existem normas legais que devem ser respeitadas.

A não observância dessas normas jurídicas, caso venha a causar um dano a outro sujeito, independentemente da existência de contrato entre as partes, responsabiliza o agente causador do dano, sendo deste o dever de ressarcir os prejuízos causados.

A responsabilidade civil pode ocorrer de forma direta ou de forma indireta. A responsabilidade civil direta é quando o ato é praticado pelo próprio agente, causando um dano a outrem, e ele mesmo deve ser responsabilizado. Já a responsabilidade civil indireta decorre de ato praticado por um terceiro, causando um dano a um sujeito, porém outra pessoa é a responsável por esse infrator ou pelos atos desse infrator. Esse sujeito que é responsável pelo agente ou pelos atos do agente, será responsabilizado de forma indireta.

Cabe ainda analisar a conceituação da culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*. A culpa *in eligendo* é aquela em que uma pessoa faz uma má escolha, escolhe uma pessoa inidônea, para lhe representar. Já a culpa *in vigilando* ocorre quando mesmo fazendo boas escolhas, a empresa não fiscaliza a execução de determinadas atividades de acordo com o que está previsto em lei.

Como a regra da responsabilidade civil ainda é baseada no fato da existência de culpa, é de grande importância ter o conhecimento da conceituação do que seja a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando* para responsabilizar o Estado na terceirização.

4.2 A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

Quando se fala em responsabilidade deve-se buscar o responsável pelas consequências geradas pelos atos que foram praticados. No intuito de cumprir com as obrigações que foram submetidas ao Estado, este pratica atos que podem acabar gerando consequências danosas a terceiros.

O Estado pode ser responsabilizado por atos cometidos que estejam em desacordo com um contrato específico ou que esteja em desacordo com alguma norma jurídica. Para a responsabilidade quanto à existência de um contrato o qual teve alguma cláusula descumprida por parte do Estado, trata-se de responsabilidade contratual do Estado. Já em relação à responsabilidade do Estado que não esteja relativa ao descumprimento de uma cláusula contratual, estará diante uma responsabilidade extracontratual.

O Estado é composto pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. Ao se falar em responsabilidade civil do Estado estaria englobando as consequências ocorridas pelos atos cometidos pelos três poderes.

Cada poder do Estado está relacionado a uma função específica realizada diretamente por cada um deles, sendo que a função do Poder Executivo é a administrativa, a do Poder Judiciário é a jurisdicional e a do Poder Legislativo é a função legislativa.

A função típica do Poder Executivo é a administrativa, porém ele também exerce as outras funções dos outros poderes de forma atípica. Os três poderes possuem funções típicas, que são próprias deles, como também exercem funções atípicas, que em regra seriam exercidas pelos outros poderes.

O Estado será responsável pelas consequências ocorridas pelo comportamento do poder Executivo, Legislativo e do Judiciário. Os danos causados por estes atos serão de responsabilidade do Estado o qual terá que repará-los.

O ato cometido pelo agente do Estado não precisa ser necessariamente um ato ilícito, pois mesmo tendo sido praticado um ato lícito, caso este ato tenha provocado uma dano a um terceiro, o Estado se responsabilizará.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2013, p. 703):

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

Este também é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 547):

No que diz respeito ao fato gerador da responsabilidade, não está ele atrelado ao aspecto da licitude ou ilicitude. Como regra, é verdade, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade, mas, em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico faz nascer a responsabilidade até mesmo de fatos lícitos. Nesse ponto, a caracterização do fato como gerador da responsabilidade obedece ao que a lei estabelecer a respeito.

Percebe-se desta forma que o Estado é responsável por todos os atos cometidos por seus agentes que causem um dano a um terceiro.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2013, p. 704):

Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, matérias ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.

O comportamento realizado pelo agente do Estado pode ser tanto na forma comissiva quanto na forma omissiva, pode estar juridicamente previsto ou não, sendo que na existência de um dano causado este deverá ser reparado.

4.3 TEORIAS SOBRE A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Em relação à responsabilidade do Estado pelos atos praticados pelos agentes públicos, esta nem sempre teve a mesma perspectiva quanto aos seus efeitos.

Nem sempre o Estado foi responsável pelos danos causados a terceiros pelos atos de sua responsabilidade, e, posteriormente, a forma de responsabilizar o Estado foi sendo modificada com o passar do tempo de acordo com os anseios sociais.

Foram criadas com o passar dos anos diversas teorias a cerca da responsabilidade do Estado, sendo que a sua terminologia diverge entre os doutrinadores.

4.3.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

A irresponsabilidade do Estado existiu em uma época onde prevalecia a existência de um Estado autoritário. Trata-se da presença de um Estado Absoluto, um Estado soberano, que estava acima de tudo e de todos.

Nesta época o Estado não se responsabilizava pelos atos praticados pelos agentes públicos, pois, ele estaria acima dos seus súditos e, se fosse responsabilizado por algum ato seu praticado, deixaria de estar acima, nivelando-se aos súditos.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 372):

Durante muito tempo, na época dos Estados absolutos, o Estado dispunha de incontestável autoridade sobre o súdito, de modo que, responsabilizá-lo, significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em total desrespeito à sua plena soberania. Nessa época vigia a máxima *The king can do no wrong* (O Rei não pode errar).

Observa-se que a postura do Estado Absoluto era vista com superioridade em relação aos súditos, colocando ele acima de todos os outros sujeitos sociais, o que impedia ele de sofrer qualquer tipo de responsabilização por seus atos.

Este período relativo a um Estado que não respondia pelos seus atos não demorou muito para ruir. A postura do Estado era mau vista entre todos, pois, demonstrava ser uma forma injusta de se governar.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 705):

Essa teoria começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações.

Não era compatível a presença de um Estado irresponsável por atos praticados por seus agentes que causam danos a terceiros, quando se está diante de um modelo de Estado de Direito.

4.3.2 Teoria da responsabilidade com culpa

A irresponsabilidade do Estado pelos atos praticados por seus agentes foi superada em meados do século XIX. Não era mais compatível esta forma de responsabilidade, tendo que se adequar aos anseios sociais da época em que prevalecia um Estado de Direito.

A primeira forma que surgiu no intuito de responsabilizar o Estado foi baseada na culpa. Essa responsabilidade que exige a presença da culpa é a responsabilidade subjetiva.

Esta forma inicial de responsabilizar o Estado quando existisse a culpa foi retirada do Direito civil, onde era baseada na culpa individual. Daí o Estado respondia pelos atos individualmente praticados pelos seus agentes.

Existiam nesta época dois tipos de atos que eram praticados pelo Estado, quais sejam Atos de Império e Atos de Gestão. Os atos de império são aqueles praticados decorrentes da soberania do Estado de forma coercitiva ao particular. Estes atos de império possuíam

alguns privilégios e prerrogativas os quais impediam o Estado de se responsabilizar por esses atos que eram regidos pelo direito público.

Já os atos de gestão eram praticados pelos agentes público, mas que não tinham nenhum privilégio e nem prerrogativas, aproximando esses atos dos atos praticados pelos particulares. O Estado era responsabilizado por esses atos de gestão. A responsabilidade civil foi admitida para os casos em que fossem praticados os atos de gestão.

Nesta época o Estado se responsabilizava civilmente pelos atos de gestão, porém, quanto aos atos de império ele continuava sem se responsabilizar. Houve uma grande confusão em relação a diferenciar os atos que eram considerados de gestão dos atos que eram considerados de império. Diante da impossibilidade e pelo inconformismo das pessoas quanto à irresponsabilidade dos atos de império, não mais se diferenciava os atos praticados pelo Estado.

4.3.3 TEORIAS PUBLICISTAS

Os atos praticados pelo Estado não eram mais diferenciados entre atos de gestão e atos de império. Não tinha mais interesse em responsabilizar o Estado apenas pela culpa individual do agente público. Nesta época ainda pairava a responsabilidade do Estado de acordo com os princípios do Direito Privado.

Segundo Dirley da Cunha Junior (2012, p. 372):

Posteriormente, em especial a partir do conhecido aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos, na França, proferido em 01 de fevereiro de 1873, a responsabilidade do Estado começa a sofrer forte influência de princípios do direito público. Surgem, assim, as *teorias publicistas* da responsabilidade do Estado: teoria da *culpa administrativa* ou da *culpa do serviço* e a teoria do *risco*.

Surgem então duas novas teorias a partir da influencia do direito público na sociedade.

4.3.3.1 Teoria da culpa administrativa

Essa nova teoria da culpa administrativa sobre a responsabilidade do Estado pelos seus atos praticados trouxe uma distinção entre a culpa individual do funcionário público e a culpa administrativa.

Essa teoria defendia que o Estado não seria responsável pela culpa individual do seu agente, pois, seria o próprio agente que responderia pelo seu ato. Quanto à culpa subjetiva do funcionário do Estado, este não seria responsabilizado e sim o próprio agente.

A culpa administrativa também é chamada de culpa anônima do serviço público. Esta culpa não está relacionada à culpa individual do agente e sim relacionada à prestação do serviço. O Estado seria responsabilizado quando existisse a culpa administrativa.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 707):

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Essa teoria isentava o Estado de se responsabilizar pela culpa do funcionário, tendo responsabilidade o Estado quanto presente a culpa na prestação dos serviços públicos.

Segundo Dirley da Cunha Junior (2012, p. 373):

Cumprе esclarecer que a responsabilidade por *culpa do serviço* é *responsabilidade subjetiva* do Estado, porque baseada na *culpa*. A peculiaridade que existe aqui é que, em razão dos princípios de direito público, não se trata de uma culpa qualquer ou individual do agente público, mas de uma culpa anônima do serviço, sem individualização pessoal, caracterizada pela presença de qualquer uma daquelas três situações acima citadas (o serviço não funcionou ou funcionou mal ou funcionou atrasado), que descortina o proceder *ilícito* da Administração Pública, própria da responsabilidade subjetiva.

Observa-se que essa teoria é baseada na culpa da prestação de um serviço pelo Estado, caracterizando como uma responsabilidade subjetiva, onde não se busca a culpa individual do agente público.

4.3.3.2 Teoria do risco

A teoria do risco não adotou a responsabilidade subjetiva e sim a responsabilidade objetiva do Estado. Trata-se da responsabilidade onde não há preocupação quanto à existência da culpa.

Esta nova forma de responsabilizar o Estado foi uma maneira de beneficiar o sujeito que sofreu o dano, pois, fica dispensada a comprovação da existência da culpa individual do agente, bem como, dispensa a comprovação da culpa pelo serviço.

Essa teoria teve como preocupação o risco que a atividade prestada pelo Estado possa vir a gerar um dano a um terceiro. Tendo em vista a existência de um risco em potencial por um serviço prestado pelo Estado, a culpa deixa de ser um requisito necessário para a sua responsabilização.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 707):

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de **nexo de causalidade** entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause **dano específico** (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e **anormal** (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.

Percebe-se que independente do ato ser lícito ou ilícito, tendo sido praticado por um agente público, que cause um dano a algum administrado, existindo nexo de causalidade entre esse ato e este dano, o Estado vai ser responsabilizado independente da existência de culpa.

Para Hely Lopes Meirelles (2003) a teoria do risco ainda poderia ser dividida entre a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo. A teoria do risco administrativo admite algumas causas excludentes de responsabilidade do Estado, enquanto que a teoria do risco integral não permitiria causas excludentes da responsabilidade do Estado.

Essas causas excludentes da responsabilidade do Estado poderia ser a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior e a culpa de terceiros.

Para a grande parte da doutrina não existiria essa diferença entre risco integral e o risco administrativo, sendo consideradas como sinônimas.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Cabe salientar inicialmente que no Brasil sempre houve a responsabilização do Estado perante seus atos. A teoria da irresponsabilidade não logrou êxito no direito brasileiro.

Não havia previsão normativa a respeito da responsabilidade do Estado, porém, a teoria da irresponsabilidade não era aplicada pelos estudiosos do direito.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 709):

As Constituições de 1824 e 1891 não continham disposições que previasse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções.

Mesmo não havendo previsão quanto a responsabilidade do Estado nesta época, ele acabava respondendo de forma solidária aos agentes públicos que cometessem danos em alguns casos específicos como nos serviços de correios.

De acordo com o artigo 15 do Código Civil de 1916:

Art. 15 - As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Pode-se perceber que a teoria adotada pelo Código Civil de 1916 foi a teoria da responsabilidade subjetiva da Administração Pública. Isso decorre do fato do referido artigo exigir a necessidade da presença do elemento culpa para configurar a responsabilidade.

A necessidade da presença do elemento culpa está expressa quando o artigo se refere “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”. Seria o momento em que o funcionário de forma culposa causasse dano a outrem, fazendo o Estado se responsabilizar por esse ato.

De acordo com o artigo 171 da Constituição Federal de 1934:

Art. 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

Observa-se que a Constituição Federal de 1934 aderiu à responsabilidade solidária entre o funcionário público e o Estado. Tendo o funcionário público causado um dano a outrem, que decorra de uma negligência, omissão ou um abuso no exercício de seu cargo, o Estado será responsabilizado de forma solidária ao seu agente. O conteúdo do texto deste artigo foi mantido na Constituição Federal de 1937, sendo prevista no artigo 158 desta.

Segundo Dirley da Cunha Junior (2012, p. 374):

O Direito brasileiro sempre concebeu um Estado responsável. Todavia, a responsabilidade objetiva só veio a ser consagrada entre nós a partir da Constituição de 1946 (art. 194), passando pela Constituição de 1967 (art. 105), pela Emenda nº 01 de 1969 (art. 107) até os nossos dias, com previsão no art. 37, § 6º, da Constituição vigente.

A teoria da responsabilidade objetiva foi consagrada no Direito brasileiro com a previsão do artigo 194 e o seu parágrafo único da Constituição Federal de 1946 que diz:

Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Pelo que está expresso nesse artigo citado, pode perceber que a existência do elemento culpa já não é mais necessário para responsabilizar o Estado, tendo em vista que o parágrafo primeiro diz que caso exista culpa do funcionário, caberia ao Estado ação de regresso, logo, não é necessário a presença do elemento culpa para responsabilizar o Estado pelo ato praticado por seu agente.

Já na Constituição Federal de 1967 houve uma pequena alteração no texto do parágrafo único, além de estar previsto não mais no artigo 194, mas sim, no artigo 105. Foi acrescentado que a ação regressiva do Estado contra o seu funcionário, além de quando houvesse a culpa, caberia também quando existisse o dolo.

Com a Emenda de nº 01 de 1969, a previsão foi mantida sendo altera apenas o artigo, que deixou de estar previsto no artigo 105, passando a estar expresso no artigo 107.

A teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado está hoje presente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo nº 37, § 6º que diz:

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

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Percebe-se que este parágrafo 6º do artigo 37 da CF/88 trouxe a teoria da responsabilidade objetiva do Estado quando na sua previsão expõe que tanto o Estado como o ente de direito privado que prestar um serviço público irão responder pelos danos causados, sendo que terão direito de regresso caso haja a presença do elemento culpa ou do dolo.

Existe também uma previsão da responsabilidade objetiva do Estado no Código Civil de 2002 em seu artigo 43 que diz:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

A interpretação dada a este artigo é muito parecida com a que se tem da Constituição Federal de 88 em seu parágrafo 6º do artigo 37, sendo que este artigo 43 do CC/2002 não englobou a responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos.

A previsão normativa presente na CF/88 trouxe ainda a possibilidade do Estado ou do ente privado que preste um serviço público de entrar com uma ação de regresso contra o funcionário que agiu com dolo ou com culpa e tenha causado dano a um terceiro.

Cabe ainda salientar que o Estado só vai responder por esse dano causado pelo seu funcionário, quando este agir na qualidade de agente público. Isso quer dizer que se este agente agiu sem exercer o seu papel de acordo com as suas atribuições ou não atuou no intuito de prestar com seus deveres, o Estado não será responsabilizado pelo dano causado, sendo que este agente vai responder pessoalmente na esfera do Direito civil.

De acordo com Dirley da Cunha Junior (2012, p. 378):

Em suma, o §6º do art. 37 da Constituição Federal cria duas relações de responsabilidade: (1ª) a do Estado e de seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de natureza objetiva (em regra), baseado no nexu causal, ou de natureza subjetiva (só nos casos de omissão, segundo entendimento doutrinário prevalente), calcada na culpa administrativa; e (2) a do agente público causador direto do dano, perante o Estado ou delegado na prestação de serviço público, de caráter exclusivamente subjetivo, com base na culpa ou dolo.

Logo, a responsabilidade do Estado vai ser objetiva ou subjetiva pelos danos causados a outrem, a depender do caso concreto, em que se verificará se a presença da culpa é necessária ou não para responsabilizá-lo.

5.1 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO

A utilização do instituto da terceirização de serviços pelo Estado sempre foi alvo de críticas pela doutrina e jurisprudência quanto à sua forma de responsabilizar à Administração Pública.

A responsabilidade do Estado perante as dívidas trabalhistas decorrentes da utilização de serviços por terceirização há anos tem passado por transformações. Sempre foi um tema muito debatido pelos estudiosos do direito principalmente pelo fato de sua previsão está presente tanto em uma súmula do TST de nº 331 como também está prevista no artigo 71, § 1º da Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93.

Ocorre que a interpretação que foi dada para o texto da Súmula nº 331, IV, do TST não era compatível com interpretação realizada da leitura do artigo 71, §1º da Lei de licitações.

O inciso IV da Súmula de nº 331 do TST passou por transformações tanto na sua escrita como na forma de interpretá-lo. Existia uma dúvida, no texto original da súmula nº 331, IV, do TST, se ele estaria englobando o Estado como responsável subsidiário por dívidas trabalhistas na sua utilização dos serviços por terceirização.

Tendo em vista que houve uma alteração textual deste inciso IV da Súmula nº 331 do TST em que englobava o Estado nesta responsabilidade, o que aparentemente não estava de acordo com o que era previsto na Lei de Licitações em seu artigo 71, §1º, houve o ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) de nº 16, no intuito de ser declarado como constitucional este artigo da Lei de Licitações.

A partir da decisão desta Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, a Súmula nº 331 foi alterada textualmente e interpretativamente para se adequar à nova hermenêutica dada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

5.1.1 A ação direta de constitucionalidade (ADC) nº 16

A terceirização passou por diversas mudanças ao longo dos anos em relação à sua legalidade. Antigamente, as hipóteses previstas para a terceirização eram apenas em relação ao trabalho temporário e o serviço de vigilância.

De acordo com a Súmula 256 do TST:

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.

As únicas hipóteses previstas para que uma terceirização fosse lícita, seriam esses dois tipos, sendo que se não se enquadrassem nessas previsões feitas na súmula 256 do TST, estaria diante de uma terceirização ilícita, o que acarretaria a formação de vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

De acordo com a Resolução de n. 121 de 28 de outubro de 2003 do TST, a Súmula de n. 256 do TST foi cancelada. Com o advento da Súmula n. 331 do TST, novas hipóteses de terceirização lícita surgiram na esfera trabalhista.

Essa nova Súmula de n. 331 do TST foi mais abrangente em relação às possibilidades de terceirização no mercado de trabalho, não só permitindo que fossem terceirizados o trabalho temporário e os serviços de vigilância, mas também quaisquer atividades que estivessem voltadas para a atividade-meio do tomador de serviços.

Esta mesma Súmula foi clara no entendimento de que a responsabilidade do tomador de serviços na terceirização lícita seria de forma subsidiária. No caso de inadimplência do prestador de serviços pelas dívidas trabalhistas com o obreiro, este poderia de forma subsidiária vir a cobrar da empresa tomadora dos serviços o que lhe é de direito nas verbas trabalhistas que não foram pagas pelo prestador.

Esse é o entendimento que se pode extrair do inciso IV da Súmula n. 331 do TST:

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.

No entanto, esse inciso IV desta súmula sofreu algumas alterações devido às interpretações que lhe foram sendo dada.

Existia uma dúvida quanto à inclusão dos entes públicos nessa responsabilidade subsidiária prevista neste inciso IV. Observa-se que o texto original desta referida Súmula do TST era englobado entre os responsáveis subsidiários os entes da Administração Pública, pois a mesma não fazia menção à sua exclusão.

Segundo a Lei de Licitações, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 71, §1º:

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

No entanto, essa redação do inciso IV da Súmula 331 do TST ia de encontro ao que dizia o artigo 71, § 1º da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93).

Pode-se observar que este artigo 71 em seu parágrafo 1º, das leis de licitações, isenta a Administração Pública dos encargos trabalhistas que não forem pagos pelo prestador de serviços diante do seu obreiro.

Para resolver essa aparente dúvida quanto à inclusão ou não do Estado na previsão de responsabilidade subsidiária do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, o TST editou uma resolução de nº 96 alterando o texto deste referido inciso.

A nova redação do inciso IV da Súmula nº 331 do TST ficou assim definida:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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.

Essa resolução de nº 96 foi decidida em 11 de setembro de 2000, esclarecendo que o inciso IV da Súmula nº 331 do TST estaria englobando também a Administração Pública na responsabilidade subsidiária das dívidas trabalhistas inadimplidas.

Tendo em vista o conflito e a incompatibilidade entre o artigo 71, §1º da Lei de Licitações e o inciso IV da Súmula de n. 331 do TST, foi proposta uma Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) do artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade tem a finalidade de ratificar a compatibilidade de uma lei federal perante a Constituição Federal. Ela impede que outros processos venham a questionar a constitucionalidade daquela Lei ou daquele artigo específico.

A Ação Direta de Constitucionalidade de número dezesseis foi proposta pelo Governo do Distrito Federal. Essa ADC buscou a declaração de constitucionalidade do art. 71 da lei de licitações (Lei n. 8.666/93).

Enquanto que essa ADC não fosse julgada, foi pedido suspensão dos processos que estivessem com fundamentação jurídica o inciso IV da Súmula 331 do TST. O objetivo dessa suspensão foi impedir que os processos em curso fossem julgados sob a égide da não observância do artigo 71, § 1º das Leis de Licitações.

A ADC proposta foi acolhida pela Suprema Corte, a qual decidiu pela constitucionalidade do referido artigo da Lei de Licitações, afastando dessa forma a responsabilidade da Administração Pública de forma subsidiária em decorrência de dívidas nos contratos de trabalho sob o regime de terceirização sob a justificativa de inconstitucionalidade do artigo 71º da referida lei.

Ocorre que, o acolhimento da ADC de nº 16, não isentou a Administração Pública de ser responsável de forma subsidiária em dívidas trabalhistas na terceirização em qualquer hipótese. A responsabilidade subsidiária dos entes públicos na terceirização não seria dada de forma automática, teria que se verificar no caso concreto a existência da *culpa in vigilando* para a sua responsabilidade.

A decisão da ADC de nº 16 trouxe uma nova roupagem na forma de interpretação da responsabilidade da Administração Pública quando se tratar de terceirização. Antes dessa decisão algumas pessoas interpretavam a responsabilidade subsidiária destes entes como se ocorresse de forma automática, porém, a partir desta decisão, a interpretação foi modificada, responsabilizando o ente público quando presente a *culpa in vigilando*.

Quando o TST editou a nova redação da Súmula nº 331, incluindo a Administração Pública de forma expressa como responsável subsidiário apenas em decorrência de inadimplemento das dívidas trabalhistas pela prestadora aos empregados, não declarando a inconstitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93, estaria ferindo a previsão da Súmula nº 10 do STF.

De acordo com a súmula vinculante nº 10 do STF:

STF - Súmula Vinculante nº 10

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

Quando o TST modificou a Súmula 331, o artigo 71 da Lei de Licitações não havia sido declarado inconstitucional, entretanto, a Súmula 331 afastava a aplicação e a efetividade deste artigo da Lei de Licitações. Entendeu-se desta forma que a referida Súmula do TST estaria violando a reserva do plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988.

Os Ministros do STF observaram que o artigo 71, § 1º da Lei de Licitações não estava violando a CF/88, e, em decorrência disso, a Justiça Trabalhista deve observar a aplicação e a efetividade deste artigo, não responsabilizando subsidiariamente de forma automática a Administração Pública em decorrência do simples inadimplemento dos direitos trabalhistas pela empresa prestadora.

Tendo em vista a procedência desta Ação Direta de Constitucionalidade de nº 16, o entendimento que prevaleceu foi de que o Estado não responderia por dívidas trabalhistas que não fossem pagas pelas empresas prestadoras de serviços perante o obreiro de forma automática. Entretanto, também foi reconhecido que o Estado não estaria isento de se responsabilizar subsidiariamente por essas dívidas, quando a Administração Pública fosse omissa na fiscalização das empresas contratadas.

No entanto, concluiu ainda os Ministros do STF que mesmo declarando a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93, isso não impediria de se interpretar este referido artigo de acordo com as normas legais e constitucionais. Existem normas que obrigam a Administração Pública a licitar e fiscalizar de forma eficiente o cumprimento dos contratos realizados por ela.

A Administração Pública tem o dever de licitar e fiscalizar os seus contratos, principalmente quanto aos pagamentos de todos os direitos trabalhistas. Caso a Administração Pública não realize uma licitação eficaz, ou não fiscalize de forma eficiente os contratos realizados, restará presente a *culpa in eligendo* e a *culpa in vigilando*, respectivamente.

O entendimento do STF na decisão da Ação Direta de Constitucionalidade de nº 16 foi que além da constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações, caso esteja presente por parte do Estado a *culpa in vigilando*, o Estado deve responder de forma subsidiária pelo inadimplemento das dívidas trabalhistas por parte da empresa prestadora.

O Estado não pode ser responsabilizado subsidiariamente de forma automática pelo não pagamento das dívidas trabalhistas pela empresa prestadora, mas caso encontre-se presente a culpa da Administração quanto à realização da licitação ou da má fiscalização, deve este responder subsidiariamente.

5.1.2 A irresponsabilidade civil da administração pública

Antes da procedência da Ação Direta de Constitucionalidade de nº16 o tema da responsabilidade subsidiária do Estado na terceirização sofria duras críticas pelos estudiosos do direito.

Mesmo tendo sido declarado a constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei de Licitações, existe ainda argumentos que tentam afastar a responsabilidade do Estado por dívidas trabalhistas inadimplidas na terceirização.

A principal defesa quanto à isenção do Estado na responsabilidade de dívidas relativas à terceirização era a previsão do artigo 71, §1º da Lei de nº 8.666/93, o qual de forma expressa retirava do Estado esta responsabilidade. Enquanto este artigo não fosse declarado inconstitucional deveria prevalecer o entendimento de que o Estado não era responsável.

A redação inicial prevista na Súmula nº 331 do TST, IV, não especificava que o Estado estaria englobado quanto a responsabilidade subsidiária por dívidas trabalhistas inadimplidas pelas empresas prestadoras de serviços perante os seus empregados.

Esta argumentação caiu por terra depois que o texto desta referida súmula foi alterado e passou a englobar de forma expressa o Estado como ente responsável subsidiário da terceirização.

Outros argumentos a favor da irresponsabilidade do Estado na terceirização abarcariam alguns princípios norteadores do direito como a legalidade e o amplo acesso a licitações públicas. Estaria sendo violado o princípio da legalidade tendo em vista a previsão da irresponsabilidade do Estado na Lei de Licitações.

Outra questão seria o fato do inciso IV da Súmula nº 331 do TST está prevendo a existência do risco integral do Estado, o que estaria em desacordo com a Constituição Federal de 1988 que previu em seu artigo 37, § 6º a utilização da teoria do risco administrativo.

A CF/88 em seu artigo 37, §6º permitiria algumas formas de isentar o Estado na responsabilização, como quando ocorresse a culpa exclusiva da vítima ou mesmo um caso fortuito. E por isso teria optado pela teoria do risco administrativo.

Existe ainda o posicionamento de que esta responsabilidade do Estado estaria infringindo o princípio da isonomia tendo em vista que o trabalhador terceirizado teriam seus créditos trabalhistas garantidos por dois entes, sendo responsabilizado tanto o prestador quanto o tomador de serviços, e isto não ocorreria com os trabalhadores não terceirizados.

Não poderia ainda ser responsabilizado o Estado pelas dívidas trabalhistas na terceirização tendo em vista que não existe uma lei que ordene que o Estado deva fiscalizar as empresas prestadoras de serviços quanto ao pagamento de seus empregados, o que seria inviável de ser realizado pelo Ente público.

Diante de todas essas argumentações o Estado não deveria ser responsável subsidiário pelas dívidas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços. Entretanto, não deve ser esse o entendimento dos aplicadores do Direito pelas razões que serão expostas a seguir.

5.1.3 A responsabilidade subsidiária do estado na terceirização

A questão relativa à responsabilidade da Administração Pública por dívidas trabalhistas inadimplidas pelas empresas prestadoras de serviços que efetuaram contrato de terceirização com o ente público é um tema há anos debatido pelos estudiosos do direito.

Diversas teorias a respeito das formas de responsabilização do Estado foram sendo criadas com o passar dos anos, e todas elas foram se adequando aos momentos históricos com os quais a sociedade ia vivenciando.

Sempre tiveram grandes discussões a respeito das formas com as quais a Administração Pública pudesse ser responsabilizada pelos danos que viesse a causar a terceiros.

A utilização do instituto da terceirização para prestação de serviços passou por diversas transformações. Antigamente não existiam normas prevendo a utilização de serviços através do fenômeno da terceirização. Isso ocorria devido a sua inexistência ou pouca utilização no mercado de trabalho.

Com o passar dos anos e com as novas estruturas mercadológicas, o instituto da terceirização começou a vingar nas relações de trabalho, dando início a um processo legislativo para a elaboração de normas que regulassem o instituto da terceirização.

O fenômeno da terceirização foi sendo utilizado tanto pelos entes privados como pelos entes públicos. Começaram a surgir normas que regulavam de forma específica esse instituto.

Essas normas previam a forma como se poderia utilizar a terceirização, informando as possibilidades para a realização de uma terceirização lícita e em contrapartida, caso não estivessem de acordo com o que estava previsto, a existência da terceirização ilícita.

A terceirização quebra a regra bilateral clássica da relação de trabalho onde de um lado tem um empregado que através de sua força de trabalho presta serviços ao outro sujeito da relação que é o empregador. O vínculo jurídico de trabalho existente é entre o empregado e o empregador, que é quem paga os direitos trabalhistas do obreiro.

Já na terceirização a relação de trabalho é composta por três sujeitos. De um lado tem uma empresa prestadora de serviços que possui vínculo jurídico de trabalho com o obreiro, que é o segundo sujeito dessa relação e que através de sua força de trabalho exerce a sua atividade em outra empresa que é a tomadora de serviços, que é o terceiro sujeito da relação.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2012, p. 357):

Teoricamente, o objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Alguns especialistas denominam esse processo de “especialização flexível”, ou seja, aparecem empresas, com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção, mas com capacidade para atender a mudanças de pedidos de seus clientes.

A utilização do fenômeno da terceirização permite que as empresas possam dedicar mais o seu tempo para a sua atividade-fim, transferindo para outrem aquelas atividades consideradas secundárias.

Quando uma empresa realiza um contrato para prestação de um serviço através da terceirização, ela busca, além da diminuição dos custos da empresa, uma melhor qualidade na realização daquele serviço terceirizado, pois, este será prestado por obreiros com alto nível de especialização.

Além da melhor qualidade dos serviços prestados através da terceirização, os serviços prestados pela própria empresa na realização de sua atividade-fim, também terão uma melhor qualidade do produto ou do serviço, tendo em vista que a utilização da terceirização nas atividades secundárias da empresa permite que esta possa investir e se preocupar mais especificamente com a realização de sua atividade-fim.

Na terceirização lícita existe um vínculo jurídico direto entre o obreiro e a empresa prestadora de serviços, não existindo vínculo jurídico direto entre o obreiro e a empresa tomadora de serviços.

Uma das questões importante da terceirização seria quanto aos efeitos da utilização da terceirização ilícita. Caso uma empresa viesse a utilizar um serviço que fosse prestado através do instituto da terceirização, e essa terceirização não estivesse de acordo com as previsões normativas relativas a esse fenômeno, estaria diante um terceirização ilícita e conseqüentemente a empresa tomadora dos serviços teria vinculo direto com o obreiro em decorrência dessa ilicitude.

Um dos efeitos decorrentes da utilização de terceirização ilícita é a vinculação jurídica direta entre o obreiro e a empresa tomadora de serviços. Ocorre que, esse efeito da terceirização ilícita não encontra problema quando se está diante uma terceirização entre empresas privadas. No entanto, encontra uma barreira legal para a sua concretização quando a empresa tomadora de serviços é do setor público. Isso decorre do fato da Constituição Federal prevê a impossibilidade de vinculação jurídica com um ente público sem a devida realização de um concurso público.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a terceirização ganhou pontos específicos relacionados aos seus efeitos perante a administração pública. Tanto na administração pública direta como na indireta a terceirização tomou forma diferenciada quanto ao quesito de responsabilidade diante da terceirização entre entes privados.

Na terceirização ilícita existente entre empresas do setor privado, a vinculação jurídica trabalhista do obreiro deixa de ser diretamente com a empresa prestadora de serviços e passa a ser com a empresa tomadora de serviços.

De acordo com a Constituição Federal de 88, em seu artigo 37, caput, II e § 2º, diz:

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

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

§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Sendo uma empresa pública tomadora dos serviços contratados pelo instituto da terceirização, caso essa terceirização seja lícita, o vínculo jurídico de trabalho do obreiro será diretamente com a empresa prestadora de serviços. Ocorre que, caso essa terceirização seja ilícita, os efeitos decorrentes dessa ilicitude não serão os mesmos que ocorrem em terceirização entre empresas privadas. Isso decorre do fato da própria Constituição Federal de 1988, impedir, de forma expressa, a vinculação jurídica entre qualquer pessoa e um ente público se não for através de prévia aprovação em concurso público.

Existe um requisito formal para que exista uma relação de emprego entre o obreiro e a administração pública, qual seja o de ter sido aprovado previamente em concurso público. Sem ter preenchido este requisito, não há possibilidade de existir vínculo jurídico entre o obreiro e a administração pública mesmo quando estiver diante de uma terceirização ilícita.

O que a Constituição Federal quis com essa previsão do requisito de concurso público para ter vínculo jurídico com a administração pública foi evitar fraudes. Sabe-se que tanto

os patrimônios públicos, como sua administração, são de interesse público. O interesse público é o de toda uma coletividade, e este supera os interesses privados.

De acordo com a Súmula 331, II do TST:

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).

Em relação ao inciso II da Súmula 331 do TST, se posiciona Alice Monteiro de Barros (2012, p. 359):

No tocante ao item II da Súmula n. 331, exclui-se a possibilidade de relação de emprego entre o trabalhador e os órgãos da Administração direta ou indireta, quando aquele lhe presta serviços, por meio de contratação irregular, sem concurso público. O TST visou, principalmente, a coibir os apadrinhamentos no serviço público e a dar efetividade ao comando do art. 37 da Constituição da República de 1988.

A Súmula 331, II do TST explicitou o entendimento defendido pelo artigo 37, II da Constituição Federal de 1988, informando que mesmo diante de uma terceirização ilícita, não gera vínculo de emprego com a administração pública. Quando esta referida súmula diz que havendo contratação irregular de trabalhador, ela se refere à existência de uma terceirização ilícita, e diz que mesmo existindo tal irregularidade, não vinculará aquele trabalhador irregular aos entes públicos.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 455):

O problema, contudo, ainda não se pacificou inteiramente na jurisprudência, inclusive em virtude de o texto da mencionada súmula não ter respondido a algumas indagações relevantes sobre a totalidade dos efeitos da terceirização ilícita praticada por entidades da administração pública.

Sabe-se que um dos efeitos da terceirização ilícita quando estiver diante de um ente da administração pública é que não gera vínculo jurídico com o mesmo, porém, não se sabe ao certo quais os outros efeitos decorrentes dessa terceirização ilícita, pois a referida súmula não explicitou quanto aos outros efeitos.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2012) existe três interpretações em relação a esse problema. De um lado há a corrente que defende que além de não gerar vínculo empregatício, também não produziria qualquer diferença trabalhista em favor do obreiro que foi terceirizado ilicitamente.

Essa primeira corrente defende que não deve existir comunicação remuneratória quando fora realizada uma terceirização ilícita. Entretanto, em se tratando de terceirização lícita, deve existir essa comunicação.

A segunda corrente defende que a terceirização ilícita não poderia beneficiar a tomadora dos serviços, mesmo sendo ele um ente público, pois, a mesma já foi beneficiada pelos serviços prestados pelo obreiro, e com isso deve gerar o vínculo jurídico com o tomador de serviços, bem como todos os direitos e efeitos decorrentes do contrato de trabalho.

Essa segunda corrente posiciona-se de forma oposta ao defendido pela primeira corrente. Enquanto a primeira é extremista em relação à negação tanto de vínculo jurídico como de comunicação remuneratória, a segunda corrente permitiria a vinculação jurídica com o Estado, bem como todos os efeitos decorrentes da contratação de um trabalhador.

Já a terceira corrente percorre um caminho mais intermediário entre as duas outras correntes. Ela defende que a terceirização ilícita não gera vínculo jurídico com o ente público, em decorrência da própria Constituição Federal de 1988 que veda expressamente qualquer investidura em emprego ou cargo público sem a aprovação no concurso público previamente. Esse também é um entendimento compatível com a Súmula 331 do TST. Essa corrente defende também que o obreiro que foi terceirizado de forma ilícita, apesar de não gerar vínculo empregatício, possui todas as verbas trabalhistas em seu favor que lhe são de direito.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 456):

A corrente intermediária tornou-se, nos últimos anos, relativamente prestigiada na jurisprudência. Ela considera que o primeiro passo para interpretar-se a ordem constitucional e justralhista é não se negar validade e eficácia à Constituição – como se o Direito do Trabalho fosse um superdireito, imune a qualquer influência ou comando retificador de sua rota, mesmo quando oriundo do documento político e jurídico maior de uma nação. De fato, a esse respeito não há dúvida de que a Constituição de 1988 estabelece firme e clara diferenciação entre entidades estatais e privadas no que tange à solenidade de contratação de força de trabalho. Nas primeiras, o requisito do concurso público é inarredável (art. 37, caput, e inciso II, CF/88), sob pena de nulidade absoluta da relação jurídica surgida (§ 2º do art. 37, CF/88). A menos que se considere a restrição do art. 37 produto de *norma constitucional inconstitucional*, por afrontar o preceito genérico do art. 5º, caput – o que não parece razoável, neste caso -, tem que se conferir eficácia à restrição do concurso público. No sentido de conferir tal eficácia é que se compreende a interpretação proposta pela Súmula 331, II, TST.

Essa corrente intermediária teve grande prestígio na jurisprudência pelo fato de dar eficácia e validade às normas constitucionais. Não se trata de artigo da constituição que

seja inconstitucional por qualquer incompatibilidade com os princípios constitucionais. O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 é compatível com os princípios constitucionais, mesmo quando ele diferencia os requisitos para que se contrate um obreiro pelo ente público e pelo ente privado.

Esse não foi o único motivo que permitiu que a corrente intermediária tivesse grande força na jurisprudência. Ela defendia que mesmo não havendo vínculo jurídico direto do obreiro frente ao ente público por existência de uma terceirização ilícita, todas as verbas trabalhistas que fossem aplicadas na relação de trabalho do empregado público que possuía vínculo jurídico direto com o ente público seriam devidas também a esse trabalhador terceirizado que preste seus serviços para o Estado (tomador dos serviços), caso estes obreiros exercessem a mesma função.

Esta forma de aplicação quantos aos efeitos gerados na terceirização ilícita quando presente um ente público como empresa tomadora de serviços, permite que este ilícito praticado não venha a propiciar mais benefícios àquele que o pratique.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 458):

O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV do TST. Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, caput, II e § 2º, CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado na Constituição de 1988.

A entidade pública tomadora dos serviços vai responder de forma subsidiária pelas dívidas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora dos serviços ao obreiro. Essa responsabilidade subsidiária do Estado foi insculpida na Súmula 331 do TST.

Como já foi dito linhas alhures, o texto normativo da Súmula 331 do TST passou por transformações tanto na sua parte textual como na sua parte interpretativa.

A redação original da Súmula 331 do TST dizia:

Súmula nº 331 do TST – Contrato de Prestação de Serviços

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 na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

O inciso I traz a existência da terceirização ilícita, bem como a sua consequência de vinculação jurídica direta entre o obreiro e o tomador dos serviços. O inciso II traz a impossibilidade de vinculação jurídica direta na terceirização ilícita quando a empresa tomadora dos serviços for um ente público, compatibilizando o entendimento com o artigo 37, II da Constituição Federal de 1988. O inciso III trouxe as outras formas possíveis de terceirização de serviços, incluindo a atividade-meio como requisito para sua licitude.

A grande questão dessa Súmula 331 do TST é quanto à interpretação que foi dada ao seu inciso IV. Este inciso se refere responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços quando as obrigações trabalhistas não forem adimplidas pela empresa prestadora de serviços aos seus empregados.

Quando estiver diante de uma terceirização ilícita existirá vinculação jurídica direta entre o obreiro e a empresa tomadora de serviços, quando esta for uma empresa privada, tornando-se essa responsabilidade própria da empresa tomadora de serviços. Quando a terceirização for ilícita e a empresa tomadora for um ente público, não ocorrerá a vinculação jurídica entre o obreiro e a empresa tomadora, porém, o ente público responderá subsidiariamente pelas dívidas inadimplidas pela empresa prestadora em relação a seus empregados.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2012, p. 359):

A corrente que prevalece sobre essa temática defere ao trabalhador contratado irregularmente apenas o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Quando o Estado utilizar uma terceirização ilícita, deve o mesmo responder de forma subsidiária pelos valores referentes às horas trabalhadas e aos depósitos do FGTS que não forem pagos pela empresa prestadora.

Entretanto, quando se trata de uma terceirização lícita não ocorre à vinculação jurídica direta entre o obreiro e a empresa tomadora de serviços. E é em relação a essa responsabilidade da empresa tomadora de serviços, na terceirização lícita, que o inciso IV da Súmula 331 está regulamentando.

Existia uma grande dúvida entre os estudiosos do direito em relação aos entes que estariam incluídos neste inciso IV. A Súmula não especificava se a responsabilidade subsidiária estaria englobando tanto os entes privados quanto os entes públicos. Diversas eram as interpretações que eram sendo dadas.

Essa dúvida ficou ainda mais debatida quando em 1993 foi decretada a Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93. Essa referida lei regulamentou em relação à responsabilidade do Estado em relação à terceirização.

De acordo com a Lei de Licitações, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 71, §1º:

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

Este artigo 71 da Lei de Licitações isenta a Administração Pública quanto à responsabilidade perante as dívidas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços aos seus empregados.

Existia um aparente conflito entre o que estava expresso neste artigo 71 da Lei de Licitações e o que alguns estudiosos do direito interpretavam o inciso IV da Súmula 331 do TST.

A par disso, o TST através de uma resolução administrativa de nº 96/2000 deu uma nova redação ao inciso IV da Súmula 331 do TST. Houve a necessidade de uniformização da jurisprudência. Esta nova redação incluía como responsável subsidiário na terceirização os entes públicos.

A nova redação do inciso IV da Súmula 331 do TST dizia:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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.

Logo, essa nova redação inclui dentro dos entes responsáveis subsidiariamente por obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços, de forma expressa, os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, tendo elas participado da relação processual e constem do título executivo judicial.

Ocorre que, essa resolução administrativa não trouxe nada a respeito da inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações. Continuou vigorando tanto a Lei de Licitações, bem como, a Súmula 331 do TST com a sua nova redação.

Diante dessas circunstâncias, foi proposta uma Ação Direta de Constitucionalidade em relação ao artigo 71 da Lei de Licitações, a lei nº 8.666/93.

Foram suspensos todos os processos que estivesse os Entes Públicos como tomadores de serviços terceirizados, pois ainda não estava definido quanto à existência ou não de responsabilidade subsidiária destes entes em terceirização lícita.

A Ação Direta de Constitucionalidade de nº 16 referente ao artigo 71 da Lei de Licitações, lei nº 8.666/93 foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal.

O referido artigo da Lei de Licitações diz que o inadimplemento do contrato referente aos encargos trabalhistas não são transferidos para a Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Sendo assim, com a procedência da Ação Direta de Constitucionalidade de nº 16 que diz que este artigo é constitucional, ele retiraria a responsabilidade da Administração Pública por essas dívidas inadimplidas.

No entanto, mesmo reconhecendo pela constitucionalidade do artigo, o mérito da decisão não permitiu que a Administração Pública fosse isenta de responsabilidade em quaisquer situações. O mero inadimplemento do contrato de prestação dos serviços por terceirização não transferiria a responsabilidade para o Estado, porém, caso fosse observada à presença de omissão por parte do Estado quanto à fiscalização daquele contrato realizado, este não poderia se isentar das responsabilidades trabalhistas.

Quando o TST editou a resolução administrativa nº 96/2000, ele buscou a responsabilidade objetiva do Estado, baseado no que prevê o artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, que diz:

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

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Esta previsão constitucional prevê a responsabilidade objetiva do Estado quando diz que este responderá pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes, podendo entrar

com a ação de regresso caso exista a culpa ou dolo. Sendo assim, o Estado responderia independentemente da existência de culpa, o que caracteriza a responsabilidade objetiva.

Com a procedência decisão do STF em relação à Ação Direta de Constitucionalidade de nº 16, ele afastou a responsabilidade objetiva do Estado pelas dívidas trabalhistas inadimplidas nos contratos de terceirização pelas empresas prestadoras de serviços aos seus empregados.

O entendimento utilizado pela jurisprudência trabalhista na edição da Súmula nº 331 do TST teve como base o princípio da proteção do trabalhador. Isso decorre do fato do TST ter privilegiado este princípio ao invés do princípio da legalidade. Caso tivesse observado o princípio da legalidade, teria o TST sumulado pela isenção da Administração Pública pelas dívidas trabalhistas inadimplidas nos contratos de terceirização pela empresa contratada, em observação ao que estava previsto no § 1º da Lei de Licitações.

O TST buscou também responsabilizar o Estado subsidiariamente por dívidas inadimplidas nos contratos de terceirização de forma objetiva. Isso em decorrência do que está previsto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, que se baseia na teoria do risco administrativo. Ocorre que, a responsabilidade objetiva referida neste artigo da CF/88 é uma responsabilidade extracontratual, que seria aquela praticada por um agente público.

Em relação à responsabilidade civil do Estado, caso ocorra uma omissão por parte dele na fiscalização de seus contratos de terceirização, a responsabilidade será subjetiva, isso quer dizer que deve existir a presença da culpa para configurar essa responsabilidade.

Para se responsabilizar o Estado pelo inadimplemento das dívidas trabalhistas relativas ao contrato de terceirização pela empresa prestadora de serviços, seria necessário provar a existência da culpa. Esta culpa seria culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Segundo Luciano Martinez (2013, p. 256):

Sobre as responsabilidades dos entes políticos e paraestatais é relevante mencionar que o TST modificou a redação de Súmula 331 para adequar-se à decisão contida na ADC n. 16/DF, que reconheceu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666, de 1993. Por força da referida decisão, tomada de forma majoritária pelo STF em 24 de novembro de 2010, os magistrados do trabalho não mais deverão declarar a responsabilidade subsidiária dos entes estatais e paraestatais por conta do mero inadimplemento das empresas que lhes tenham prestado serviços especializados. Para tanto será indispensável a demonstração

de que os mencionados órgãos atuaram com culpa *in vigilando*, vale dizer, que, por conduta culposa, falharam no controle e fiscalização da execução do contrato.

Tendo em vista a procedência da decisão prolatada pelo STF da Ação Direta de Constitucionalidade de nº 16, o Tribunal Superior do Trabalho editou mais uma vez a redação da Súmula 331. Os incisos I, II e III foram mantidos, já o inciso IV teve o seu texto reformado.

A nova redação do inciso IV da Súmula 331 do TST ficou assim definida:

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.

A previsão do inciso IV era referente à terceirização vista de uma forma geral, sem especificar quais entes estariam envolvidos nessa responsabilidade subsidiária.

A responsabilidade objetiva do Estado é uma espécie extracontratual, que não deve ser aplicada nos casos em que decorra de um contrato. Sendo que a terceirização do serviço público decorre de um contrato realizado entre um ente estatal e uma empresa contratada, a responsabilidade aplicada deve ser da espécie subjetiva. O Estado deve ser responsabilizado subsidiariamente pelas dívidas inadimplidas pela empresa contratada para terceirização, quando presente o elemento culpa. Este entendimento foi adotado pelo TST após o julgamento da ADC nº16.

O TST através de revisão jurisprudencial incluiu ainda um novo inciso que era específico para a terceirização envolvendo a Administração Pública. Trata-se do inciso V.

A Súmula 331, V do TST diz:

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

Pode-se perceber que o inciso V desta Súmula é bem claro no entendimento de que a responsabilidade subsidiária da administração pública não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora, não ocorrendo de forma automática.

De acordo com Luciano Martinez (2013, p. 257):

O novo item V destacou em sua redação os principais elementos da decisão contida na ADC n. 16/DF, especialmente a circunstância segundo a qual a responsabilidade subsidiária dos entes estatais e paraestatais não decorre de mero inadimplemento da empresa prestadora dos serviços, mas da “conduta culposa” da entidade tomadora no que diz respeito ao cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente das obrigações de controle e fiscalização.

A referida Súmula coloca como requisito para se responsabilizar a administração pública por essas dívidas, a conduta culposa do ente público em relação a sua fiscalização do cumprimento das obrigações da prestadora de serviços.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 458):

Nesse contexto, torna-se necessária a presença da culpa *in vigilando* da entidade estatal, ou seja, sua inadimplência fiscalizatória quanto ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, derivada de culpa).

Nesta senda verifica-se que o Estado responde de forma subjetiva, pois necessário à presença da culpa. A culpa *in eligendo* se refere a má escolha pelo Estado da empresa prestadora dos serviços no momento da feitura da licitação. A culpa *in vigilando* se refere à inadimplência de fiscalização da empresa tomadora dos serviços em relação à empresa prestadora de serviços.

Quando presente uma dessas modalidades de culpa, o Estado deve responder de forma subsidiária pelas dívidas trabalhistas que não foram pagas pela empresa prestadora dos serviços aos seus empregados.

Ainda segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 458):

É bem verdade que a culpa, no presente tema – caso mantido o debate em patamar estritamente técnico -, desponta como manifestamente presumida, em virtude de haver evidente dever legal de fiscalização pelo tomador de serviços relativamente ao cumprimento de obrigações constitucionais, legais e contratuais trabalhistas pelo prestador de serviços, obrigações em geral vinculadas a direitos fundamentais da pessoa humana (o dever de fiscalização está até mesmo expresso, por exemplo, no art. 67, caput e § 1º, da Lei de Licitações).

A empresa tomadora dos serviços possui um dever legal de fiscalizar a empresa prestadora dos serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas previstas na Constituição, nas Leis e no próprio contrato celebrado entre as empresas.

De acordo com o artigo 67, § 1º da Lei de Licitações:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

A fiscalização quanto ao cumprimento do que fora estabelecido contratualmente, bem como, de fiscalizar os cumprimentos de todas as obrigações legais é um dever da empresa tomadora dos serviços. Caso ocorra omissão quanto a essa fiscalização, acarretará a presença da culpa *in vigilando*.

No entanto, o Estado pode se eximir de responder pela inadimplência das dívidas trabalhistas nos contratos de terceirização, se o mesmo comprovar que agiu dentro de suas possibilidades quanto à fiscalização e agiu com zelo quanto à escolha da empresa prestadora de serviços.

O Estado tem o dever de licitar e fiscalizar de forma eficiente todos os contratos de terceirização por ele realizados. Esses deveres decorrem dos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, pois, como os direitos trabalhistas são direitos fundamentais, a fiscalização do cumprimento desses direitos é realizada pelo Estado.

Como foi dito linhas alhures, a própria Lei de Licitações regulamenta que o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato de terceirização devem ter um representante da Administração Pública.

Os princípios constitucionais, bem como a Lei de Licitações traz o dever de fiscalização do Estado em relação à execução e cumprimento do que fora estabelecido contratualmente e do que está normatizado no direito posto.

A forma como deve ser realizada essa fiscalização está prevista na Instrução Normativa nº 02/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Houve modificação através da instrução Normativa nº 03/09, acrescentando a ela alguns incisos e artigos.

Esta referida Instrução Normativa traz de forma específica e aprofundada a extensão da fiscalização que deve ser realizada pela Administração Pública. Tudo em decorrência das obrigações e dos deveres que o Estado possui em relação aos cidadãos.

O dever do Estado de fiscalizar os contratos realizados pela Administração Pública vai desde o momento em que realiza a licitação, observando todos os procedimentos legalmente previstos, até o momento em que se encerra o contrato realizado.

O Estado deve observar se a empresa que está sendo contratada será capaz de cumprir com todas as cláusulas contratuais, bem como em relação a todos os direitos trabalhistas que o obreiro fará jus. Deve ser observado se durante a execução do contrato, o empregado estava recebendo todas as verbas trabalhistas que lhe eram de direito.

A Administração Pública deve fiscalizar o início da realização do contrato, a execução durante o seu curso e ainda observar quando ocorrer o seu encerramento. O Estado deve fiscalizar se todas as verbas rescisórias foram devidamente pagas.

A Instrução Normativa nº 02/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, prevê em seu artigo 19 alguns dos requisitos que devem estar contido no edital em que for realizar a licitação.

Na feitura do edital de licitação, o Estado já deve estar atento quanto à sua elaboração para que esteja de acordo com as exigências normativas. Caso não sejam observados pela Administração Pública alguns desses requisitos, este não estará realizando uma regular licitação, o que poderá ocorrer a culpa *in eligendo*, responsabilizando subsidiariamente o Estado pelas dívidas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços.

De acordo com o artigo 19, XVIII, da Instrução Normativa nº 02/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

XVIII - disposição prevendo que a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra.

Percebe-se uma preocupação quanto ao pagamento de todas as obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada para que o contrato tenha sido executado completamente.

O Estado tem o dever de contratar apenas com empresas que tenham condições de cumprir todas as exigências contratuais e legais, o que só poderá ocorrer caso a Administração Pública, na hora de licitar, exija no edital de convocação documentos que comprovem a idoneidade daquela empresa.

De acordo com o artigo 19-A Instrução Normativa 03/09:

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra:

I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições:

a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos;

b) parcialmente, pelo valor correspondente aos 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato; c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato;

d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias; e

e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado;

II - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer a retenção na fatura e o depósito direto dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS nas respectivas contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica;

III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração; e

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Esse artigo foi incluído em decorrência da Súmula nº 331 do TST, prevendo alguns mecanismos possíveis de serem utilizados pela Administração Pública na realização dos editais licitatórios. Esses instrumentos foram criados como forma de garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas advindas na terceirização.

De acordo com o artigo 29 da Lei nº 8.666/93:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da

Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

A Lei de Licitações traz algumas exigências em relação às empresas interessadas na licitação para que essas possam ser habilitadas. Elas devem apresentar documentos referentes à sua habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, qualificação técnica e regularidade fiscal e trabalhista.

A regularidade fiscal e trabalhista exige, além de outros documentos, a prova de regularidade relativa ao FGTS e à Seguridade Social, e a inexistência de débitos inadimplidos perante a justiça do trabalho.

Segundo o artigo 44, §3º, da Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Observa-se que existe uma preocupação quanto as propostas que forem dadas pelas empresas interessadas, estas propostas não podem ser incompatíveis com os preços dos produtos ou dos serviços do mercado, acarretando a desclassificação desta empresa.

Em relação às propostas que podem ser realizadas pelas empresas, a Instrução Normativa de nº 02/08, traz quanto à possibilidade da sua desclassificação no artigo 29:

Art. 29. Serão desclassificadas as propostas que:

- I - contenham vícios ou ilegalidades;
- II - não apresentem as especificações técnicas exigidas pelo Projeto Básico ou Termo de Referência;
- III - apresentarem preços finais superiores ao valor máximo mensal estabelecido pelo órgão ou entidade contratante no instrumento convocatório;
- IV - apresentarem preços que sejam manifestamente inexequíveis; e
- V - não vierem a comprovar sua exequibilidade, em especial em relação ao preço e a produtividade apresentada.

Verifica-se que esta Instrução Normativa também prevê que as propostas que tiverem preços que sejam manifestamente inexequíveis deverão ser desclassificadas.

Quanto à execução do contrato, a Lei de Licitações exige em seu artigo 67, que esta deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração Pública. A Instrução Normativa nº 02/08 também traz o dever de fiscalização do Estado através de um instrumento de controle.

A Instrução Normativa nº 02/08 amplia a fiscalização da execução contratual por parte do Estado. Ela traz, em seu artigo 34, exigências quanto à comprovação da empresa contratada referente à sua regularidade para com a Seguridade Social, recolhimento de FGTS, pagamento de salário no prazo previsto em lei, fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação, pagamento do 13º salário, entre outras.

A Lei 8.666/93, Lei de Licitações, prevê hipóteses motivadoras da rescisão contratual, tais como o não cumprimento de uma cláusula contratual, o cumprimento irregular de uma cláusula e a lentidão para o cumprimento de uma cláusula. Quando o contrato não for cumprido de forma total ou parcial, além das consequências previstas no contrato, serão aplicadas penalidades previstas em lei ou regulamentada. A Administração Pública deve notificar a empresa contratada que não estiver cumprindo com suas obrigações trabalhistas sob pena de violar o dever de fiscalização do ente público.

De acordo com o parágrafo único do artigo 31 da IN 02/08:

Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercidos por um representante da Administração, especialmente designado na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93.e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97.

Parágrafo único. Além das disposições previstas neste capítulo, a fiscalização contratual dos serviços continuados deverá seguir o disposto no anexo IV desta IN.

O anexo IV desta Instrução Normativa foi intitulado de “Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização”. Este guia prevê a fiscalização em quatro diferentes momentos para que seja verificado o cumprimento do pagamento das dívidas trabalhistas. Ela seria dividida em fiscalização inicial, fiscalização mensal, fiscalização diária e a fiscalização especial.

A fiscalização inicial é aquela realizada no momento em que a prestação do serviço é iniciada. Deve ser construída uma planilha que contenha o resumo de todo o contrato administrativo, sendo preenchido com informações referente a todos os obreiros terceirizados. Dentre algumas informações, deve constar o nome, a função, o salário, adicional, gratificação, horário, férias e licenças. Deve ainda ser verificado se as anotações que foram realizadas na CTPS condizem com o que fora informado pela empresa e pelo empregado.

A fiscalização mensal é aquela realizada antes do pagamento da fatura. Deve ser elaborada uma planilha mensal que contenha os dias efetivamente trabalhados, as horas extras realizadas, as faltas, licenças e férias. Deve ainda ser exigido que a empresa apresente os recolhimentos de FGTS e INSS, realização do depósito e da retenção do FGTS, cópia das folhas de ponto e comprovante dos pagamentos realizados ao obreiro.

A fiscalização diária é aquela realizada todos os dias, conferindo quais empregados terceirizados estão prestando serviços e em quais funções. Deve ser realizada comparando com o que está preenchido na planilha mensal. Esta fiscalização diária permite que seja observado se os obreiros estão cumprindo com a jornada de trabalho estabelecida contratualmente.

A fiscalização especial permite que sejam averiguados os reajustes que foram conferidos aos obreiros, devendo observar o dia e o percentual que foi previsto. Deve-se observar a data-base da categoria que foi previsto na Convenção Coletiva de Trabalho. Deve ainda ser realizado o controle de férias e licenças dos empregados na planilha resumo, bem como a verificação se a empresa está respeitando as estabilidades provisórias dos empregados.

A Administração Pública deve observar este modelo de fiscalização quando estiver participando de um contrato de terceirização de serviços. Caso não sejam observados esses critérios pelo ente público, o mesmo estará omissos quanto ao seu dever de fiscalizar, acarretando a presença da culpa.

Caso seja verificado pelo ente público que a empresa contratada não está cumprindo com os seus deveres e com suas obrigações, esta deve ser notificada para regularização. Caso a empresa não regularize, dentro do prazo estabelecido, deve ocorrer a rescisão contratual.

De acordo com o artigo 34-A e o seu parágrafo único da Instrução Normativa 03/09:

Art. 34-A O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação.

Caso não sejam regularizadas as obrigações trabalhistas pela empresa contratada, dentro do prazo estabelecido pela Administração, deve ocorrer a rescisão do contrato realizado entre o ente público e a empresa.

Não resta dúvida quanto ao dever de fiscalização da Administração Pública em relação aos direitos trabalhistas desde o momento em que realiza a licitação, até o momento em que termina o contrato. Caso não seja observado este dever de fiscalizar, o ente público será responsabilizado subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora dos serviços aos seus obreiros.

Caso a Administração Pública comprove que realizou a fiscalização de forma regular e concreta em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas, não será responsabilizada subsidiariamente pelas dívidas inadimplidas pela empresa contratada.

O Estado deve criar mecanismos que possibilitem a realização de uma fiscalização adequada em relação ao cumprimento de todas as obrigações trabalhistas. Todas as empresas contratadas pelo Estado para prestação de serviços terceirizados devem estar aptas para o cumprimento de todas as cláusulas contratuais e todas as obrigações trabalhistas.

5.2 DECISÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO

Em uma recente decisão, o TST excluiu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por dívidas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços aos seus empregados, sob a justificativa de que não estava presente a conduta culposa, culpa *in vigilando*. No processo de nº 77300-70.2009.5.05.0030, do Estado da Bahia, o TRT da 5ª Região negou provimento ao Recurso Ordinário do Estado da Bahia. Com isso, o demandado interpôs Recurso de Revista na tentativa de reformar a decisão. Este novo recurso teve a revista denegada, o que possibilitou o Estado a interpor o agravo de instrumento. A ementa deste agravo foi assim definida:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Provável ofensa ao artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - tendo em vista a discussão sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública - autoriza o provimento do agravo de instrumento.

Sendo provido o Agravo de Instrumento, o Recurso de Revista foi julgado com o seguinte conteúdo:

II - RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. O item V da Súmula-TST-331 assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa *in vigilando*. No caso, o quadro fático delineado pelo e. Tribunal Regional não permite verificar a conduta culposa da Administração Pública, pois a questão foi enfrentada de maneira genérica e imprecisa, não sendo apontados elementos concretos que identificariam a sua omissão fiscalizadora. Nesse contexto, impõe-se a improcedência do pedido de responsabilidade subsidiária em relação ao Estado reclamado. **Recurso de revista conhecido por violação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e a que se dá provimento.**

Pode-se perceber que o entendimento do TST é de que a responsabilidade subsidiária do Estado na terceirização de serviços decorre da necessidade da presença da culpa *in vigilando*. A problemática enfrentada nos processos deve ser analisada em cada caso concreto, para se verificar se está configurada a omissão do Estado no seu dever de fiscalizar.

Outra recente decisão do TST foi no processo de nº 787-85.2010.5.20.0005, do Estado de Sergipe:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Provável afronta ao artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. **Agravo de instrumento provido.**
RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. O item V da Súmula-TST-331 assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa *in vigilando*. No caso, não é possível verificar a conduta culposa do Estado de Sergipe, uma vez que a questão foi enfrentada de maneira genérica e imprecisa, não sendo apontados elementos que identificariam a omissão fiscalizadora da Administração Pública. Nesse contexto, impõe-se a improcedência do pedido de responsabilização subsidiária em relação ao Estado de Sergipe. **Recurso de revista conhecido por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e provido.**

Percebe-se que a ementa é no mesmo sentido da decisão anterior, demonstrando mais uma vez o posicionamento do TST em relação à responsabilização da Administração Pública nos contratos de terceirização.

Em mais uma recente decisão do TST, o entendimento foi no mesmo sentido das outras duas já mencionadas. No processo de nº 171700-41.2009.5.05.0462, do Estado da Bahia ficou assim decidido:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO . PROVIMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Agravo de instrumento a que se dá provimento, em face de potencial ofensa ao art. 71 da Lei nº 8.666/93. Agravo de instrumento conhecido e provido .

II - RECURSO DE REVISTA DO ESTADO RECLAMADO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias contra o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). Não evidenciada a culpa -in vigilando-, impossível a condenação. Recurso de revista conhecido e provido.

No processo nº 26600-74.2009.5.01.0039, do Estado do Rio de Janeiro, foi assim decidido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Provável ofensa ao artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 – tendo em vista a discussão sobre a responsabilidade subsidiária de ente público - autoriza o provimento do agravo de instrumento. **Agravo de instrumento provido.**

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. O item V da Súmula 331/TST assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa *in vigilando*. No caso, não é possível verificar a conduta culposa do 2º reclamado, uma vez que o e. Tribunal Regional confirmou a condenação subsidiária com fundamento tão somente no inadimplemento das obrigações trabalhistas. Nesse contexto, impõe-se a exclusão do Estado do Rio de Janeiro da lide. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Fica evidente que o posicionamento do TST é no sentido de que para responsabilizar a Administração Pública, na terceirização, pelas dívidas trabalhistas inadimplidas pelas empresas prestadoras de serviços aos seus empregados, deve estar presente a omissão do Estado no dever de fiscalização. Caso não fique comprovado a culpa *in vigilando* da

Administração Pública, ela não responderá subsidiariamente por essas referidas dívidas trabalhistas.

6 CONCLUSÃO

Conforme as colocações demonstradas neste estudo, verificou-se que todas as transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas na sociedade influenciaram nas modificações da clássica relação de trabalho. A clássica relação de trabalho era formada por duas partes, onde de um lado se posicionava o empregador e do outro lado o empregado, tratava-se de uma relação bilateral. Existia uma relação jurídica direta entre o empregador, o qual ficava obrigado a cumprir com todos os direitos trabalhistas, e o empregado, que prestava serviços com sua força de trabalho.

Com as transformações que foram ocorrendo no mundo, as relações de trabalho foram se adaptando aos novos anseios econômico-sociais. As empresas visavam maiores lucros, menos gastos desnecessários e queriam aproveitar melhor o tempo para realizar as suas atividades principais com melhor qualidade. Em decorrência dessas novas exigências mercadológicas, essas empresas começaram a contratar trabalhadores por intermédio de outras empresas, modificando a clássica relação de trabalho.

Esta nova forma de estrutura socioeconômica das empresas derivou do modelo de produção capitalista. A relação de trabalho deixa de ser bilateral e passa a ser trilateral. Existe a figura de uma empresa prestadora de serviços que possui vínculo jurídico direto com o obreiro, o qual exerce sua força de trabalho a outra empresa que é a tomadora dos serviços, que não tem vínculo jurídico direto com esse trabalhador.

O fenômeno da terceirização ganha força por volta dos anos 70, possibilitando que as empresas contratassem trabalhadores por intermédio de outras empresas, permitindo a diminuição de custos desnecessários e qualificando a atividade-fim da empresa. Com a chegada do modelo de produção toyotista, que se preocupava em ter uma mecanização flexível e uma produção compatível com a demanda do mercado, a terceirização passa a ter uma maior relevância nas relações de trabalho.

A utilização do instituto da terceirização no setor privado ocorreu por volta dos anos 60, quando as indústrias, que estavam alocadas no território brasileiro, começaram a contratar trabalhadores através de empresa interposta, no intuito de diminuir os custos e melhorar a qualidade dos produtos. Mesmo não existindo texto legal que permitisse a utilização da força de trabalho por terceirização no setor privado na década de 70, este

instituto já era utilizado para alguns serviços como o de conservação e de limpeza. Isso em decorrência da criação da Lei nº 5.645/70 que permitia que os serviços de conservação e de limpeza fossem contratados por empresas interpostas.

Já no âmbito do setor público, a utilização do fenômeno da terceirização pode ser observada por volta dos anos 70, quando o governo implementou uma política de descentralização de serviços considerados secundários. Esses serviços poderiam ser executados pelos entes privados, e esta foi a forma encontrada para impedir que a máquina pública obtivesse um crescimento colossal. Foi instituído um Decreto-Lei de nº 200/67, o qual previa no seu artigo 10 que a execução das atividades da Administração Pública fosse descentralizada.

Este entendimento foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, XXI, quando prevê a possibilidade da contratação indireta de serviços pelo Estado mediante processo licitatório. Para isso, foi elaborada uma lei específica no intuito de regulamentar normas gerais sobre licitações.

Ocorre que, a Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93, prevê em seu artigo 71, §1º, a isenção da Administração Pública por dívidas trabalhistas que não forem pagas pela empresa prestadora de serviços aos seus empregados. Alguns estudiosos e aplicadores do direito interpretam essa norma excluindo o Estado em qualquer hipótese dos débitos trabalhistas que não foram pagos pela empresa interposta.

No entanto, o TST, através da edição da súmula nº 331, previu em seu inciso IV, a responsabilização subsidiária da Administração Pública por dívidas trabalhistas que não fossem quitadas pelas empresas terceirizadas contratadas. Existia um aparente conflito entre a interpretação do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93 e a previsão estabelecida no inciso IV da súmula nº 331. A par disso, foi proposta uma Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 16, a qual foi julgada procedente pelo STF, sedimentando a constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações.

No entanto, mesmo sendo o entendimento do STF pela constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei de Licitações, o qual isenta a Administração Pública da responsabilidade pelas dívidas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços aos seus empregados, essa exclusão de responsabilidade do Estado não ocorre em qualquer situação. O entendimento foi de que a responsabilização não pode ser dada de forma automática,

deveria estar presente o elemento culpa. Caso fosse reconhecida a presença da culpa *in vigilando* ou a culpa *in eligendo*, a Administração Pública deveria responder de forma subsidiária.

A despeito disso, o TST realizou modificações na sua súmula nº 331, editando o inciso IV, que deixa de citar de forma específica à Administração Pública, a qual passa a ser tratada em um novo inciso criado, o inciso V, que responsabiliza a Administração Pública de forma subsidiária pelo inadimplemento das dívidas trabalhistas pela empresa prestadora, caso esteja presente o elemento culpa. A responsabilização do Estado não ocorre de forma automática, apesar da constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações, não poderia o Estado se isentar de se responsabilizar em quaisquer circunstâncias em um Estado Democrático de Direito.

O trabalhador é a parte hipossuficiente na relação de trabalho e não poderia ser prejudicado por uma omissão do Estado no seu dever de fiscalizar a empresa com a qual esteja contratando. Caso o Estado não se responsabilizasse por essas dívidas, estaria dando a oportunidade para o Estado contratar uma empresa inidônea para prestação de serviços. O Estado tem o dever de fiscalizar, e isso está previsto tanto na Lei de Licitações como na Instrução Normativa 02/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O dever de fiscalização do Estado vai desde o momento inicial na edição do edital de licitação até o fim do contrato realizado. O Estado deve se preocupar com os critérios exigidos no edital e verificar se as empresas ali presentes estão aptas a cumprir com o que fora definido contratualmente e legalmente. O Estado também deve fiscalizar a execução do contrato para verificar se as empresas estão pagando todas as verbas devidas, e se estão cumprindo o que fora estipulado na feitura do contrato. Ao final do contrato realizado, o Estado ainda tem o papel de fiscalizar se todas as verbas rescisórias que eram devidas aos trabalhadores foram devidamente pagas pela empresa contratada.

Todos esses deveres relacionados à fiscalização por parte do Estado devem ser cumpridos conforme o que está previsto na lei, para que o mesmo possa se eximir de qualquer responsabilidade por dívidas trabalhistas que não forem pagas pela empresa contratada. A única maneira de eximir o Estado de se responsabilizar por essas dívidas, é comprovando que o mesmo não foi omissor em nenhum momento do contrato do seu

dever de fiscalizar. Caso haja uma falha do Estado nesse dever, o mesmo será responsabilizado subsidiariamente por essas dívidas trabalhistas inadimplidas.

Ante todo o exposto, não resta dúvida que o Estado deve ser responsabilizado subsidiariamente por dívidas trabalhistas inadimplidas pelas empresas prestadoras de serviços por ele contratada, caso verifique-se a omissão do Estado no seu dever de fiscalizar. Caso seja constatado que houve falha do Estado no dever de contratar com uma empresa regular, que é a culpa *in eligendo*, ou que houve omissão na fiscalização da execução do contrato, que é a culpa *in vigilando*, sendo que esta fiscalização deve ocorrer desde o início da licitação até o término do contrato, configurado está a responsabilização subsidiária do Estado pelo inadimplemento dessas dívidas trabalhistas.

REFERÊNCIAS

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

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

BRASIL. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em: 28 jan. 2013

_____. Vade Mecum, 8º ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 mar. 2013

_____. LEI Nº 5.645, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm > Acesso em: 29 jan. 2013

_____. DECRETO-LEI Nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm> Acesso em: 21 abril 2013

_____. Súmula 256 do TST. Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância - Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta.

Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0256.htm> Acesso em: 23 mar. 2013

_____. LEI Nº 6.019, DE 3 DE JANEIRO DE 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm> Acesso em: 22 mar. 2013

_____. LEI Nº 7.102, DE 20 DE JUNHO DE 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm> Acesso em: 25 fev. 2013

_____. LEI Nº 8.949, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1994. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8949.htm> Acesso em: 26 mar. 2013

_____. DECRETO-LEI Nº 2.300, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm> Acesso em: 17 abril 2013

_____. LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em: 17 abril 2013

_____. DECRETO Nº 2.271, DE 7 DE JULHO DE 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm> Acesso em: 12 mar. 2013

_____. DECRETO Nº 73.841, DE 13 DE MARÇO DE 1974. Regulamenta a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D73841.htm> Acesso em: 15 fev. 2013

_____. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 15 fev. 2013

_____. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 18 fev. 2013

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 26 jan. 2013

_____. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946). Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em: 26 jan. 2013

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm> Acesso em: 26 jan. 2013

_____. INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 2, DE 30 DE ABRIL DE 2008 - DOU DE 23/05/2008 – ALTERADO. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em:

< <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>> Acesso em: 28 mar. 2013

_____. INSTRUÇÃO NORMATIVA MPOG Nº 03, DE 15 DE OUTUBRO DE 2009 - DOU DE 16/10/2009. Altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2009/3.htm>> Acesso em: 26 mar. 2013

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 773007020095050030. Recurso de Revista Relator(A) Alexandre de Souza Agra Belmonte. Julgamento: 06/02/2013. Órgão Julgador: Terceira Turma.

DEJT – Publicação:15/02/2013. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23047251/recurso-de-revista-rr-773007020095050030-77300-7020095050030-tst>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 7878520105200005. Recurso de Revista Relator(A) Alexandre de Souza Agra Belmonte. Julgamento: 06/02/2013. Órgão Julgador: Terceira Turma.

DEJT – Publicação:15/02/2013. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23044285/recurso-de-revista-rr-7878520105200005-787-8520105200005-tst>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 1717004120095050462. Recurso de Revista Relator(A) Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgamento: 06/02/2013. Órgão Julgador: Terceira Turma.

DEJT – Publicação:15/02/2013. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23044189/recurso-de-revista-rr-1717004120095050462-171700-4120095050462-tst>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 266007420095010039. Recurso de Revista Relator(A) Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira. Julgamento: 22/08/2012. Órgão Julgador: Terceira Turma.

DEJT – Publicação:31/08/2012. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22259979/recurso-de-revista-rr-266007420095010039-26600-7420095010039-tst>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra: Ruptura do Sistema Trabalhista, Precarização do Trabalho e Exclusão Social**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** 26º ed., São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo** 11º ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11º ed., São Paulo: LTr, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26° ed., São Paulo: Atlas, 2013

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17° ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2° ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4° ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25° ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 28° ed., São Paulo: Malheiros, 2003

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. 6° ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PINTO, Geraldo Augusto. **A Organização do Trabalho no Século 20: Taylorismo, Fordismo e Toyotismo**. 2° ed., São Paulo: Expressão Popular, 2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

ROCHA, Marcelo Oliveira. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. Campinas: Lzn, 2005.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV, Editora Saraiva, 19° ed., São Paulo, 2002.