**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

JOSE SOARES DE ARAGÃO BRITO

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA EM DECORRÊNCIA DA SÚMULA 331 DO TST.**

**Aracaju/SE
2016**

JOSE SOARES DE ARAGÃO BRITO

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA EM DECORRÊNCIA DA SÚMULA 331 DO TST.**

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Olavo Pinto Lima

**Aracaju/SE
2016**

JOSE SOARES DE ARAGÃO BRITO

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA EM DECORRÊNCIA DA SÚMULA 331 DO TST.**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em 05 / 12 / 2016

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Esp. Olavo Pinto Lima
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof^o. Esp. Mateus Brito Meira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof^a. Dra. Flávia Moreira Pessoa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

DEDICATÓRIA

A minha esposa Elma, meus filhos, Vicente, Barbara, Camilly, minha nora Thaís, e minha neta Maria Cecilia, minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

A minha Esposa Elma, por sempre confiar em mim e pelo incentivo que me ajudou bastante a concluir esse curso. MUITO, MUITO OBRIGADO.

Aos meus filhos, Vicente, Bárbara, Camilly, minha nora Thaís e minha neta Maria Cecília, pelo convívio satisfatório e incentivo constante.

Ao meu orientador, Olavo Pinto, por estar sempre presente quando solicitei.

Aos meus amigos que este curso me trouxe, por tornarem o caminho mais fácil para a conclusão desta mais nova etapa da minha vida. . .

Se pensarmos pequeno, coisas pequenas teremos.

Já se desejarmos fortemente o melhor e principalmente lutarmos pelo melhor, o melhor vai se instalar em nossa vida.

Porque sou do tamanho daquilo que vejo, e não do tamanho da minha altura.

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso em forma de monografia tem como objetivo analisar os casos de terceirização, bem como seus limites na esfera estatal, em decorrência da nova redação da súmula 331 e da Ação Declaratória de Constitucionalidade - 16 do parágrafo 1º, art.71 da Lei 8666/93. A metodologia utilizada para a realização deste trabalho foi a do método hipotético-dedutivo, tendo como método auxiliar a pesquisa bibliográfica. Primeiramente será discutido o Direito do Trabalho, englobando o contrato de trabalho e suas partes. No capítulo seguinte, será discutido sobre a terceirização, seus limites, conceito, natureza jurídica, vantagens e sua aplicabilidade em todas as esferas. No terceiro capítulo, será abordada a aplicabilidade da nova redação da súmula 331 em relação à Administração Pública, em decorrência da ADC-16. Por fim, será feita uma breve discussão sobre o tema. O entendimento do STF em não responsabilizar a Administração Pública, no caso de inadimplemento da empresa interposta sendo contrária a súmula do TST faz surgir várias discussões, justificando assim a escolha desse tema tão amplamente debatido. Assim, o objetivo geral desse trabalho é mostrar que, a depender de cada caso, é necessário responsabilizar a administração pública, uma vez que o empregado, como parte fraca da relação, não deve ficar a mercê de uma empresa inadimplente contratada pela esfera estatal.

Palavras Chaves: Terceirização; Administração Pública; Direito; Responsabilidade.

ABSTRACT

This work of completion in the form of a monograph, is to analyze the cases of outsourcing, as well as its limits in esferal state, due to the new wording of the scoresheet 331 and the Constitutionality of Declaratory Action - 16 of paragraph 1, article .71 of Law 8666/93. A methodology used for this work is the hypothetical-deductive method, taking as an auxiliary method bibliographic research. First discussed labor law, covering the employment contract and its parts. The next chapter will discuss about outsourcing, its limitations, concept, legal, benefits and its applicability in all spheres. The fourth chapter is discussed the applicability of the new wording of the scoresheet 331 in relation to public administration, due to the ADC 16. Por-end, will be a brief discussion on the topic. Understanding the Supreme Court not to blame the administration publishes, in the case of default of the company filed with the scoresheet Unlike the TST raises several arguments, justifying the choice of this theme as widely debated. Thus, the overall goal of this work is to show that, depending on each case, you must blame the government, since the employee as part of poor relation, should not be at the mercy of a company defaulting hired by Ball State.

Key words: Outsourcing, Public Administration, Low, Liability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O DIREITO DO TRABALHO	12
2.1 No Mundo	12
2.2 No Brasil	14
2.3 Conceito e Natureza Jurídica do Direito do Trabalho	16
2.4 Relações de Emprego – Conceito, caracterização e natureza jurídica	18
2.5.1 Conceito	19
2.5.2 Empregado	20
2.5.3 Empregador	21
3 TERCEIRIZAÇÃO	22
3.1 Evolução Histórica da Terceirização no Brasil	22
3.2 Princípios da Terceirização	24
3.3 Características da Terceirização	25
3.4 Conceito de Terceirização	25
3.5 Atividade-Fim e Atividade-Meio	26
3.6 Terceirização Lícita e Ilícita	28
4 TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	31
4.3 Responsabilidade Trabalhista do Estado pela Inadimplência da Empresa Terceirizada	36
4.4 Ação Declaratória de Constitucionalidade 16-DF	38

4.5 Nova Redação da Súmula 331 do TST.....	40
4.6 Projeto de Lei 4330 de 2004.....	44
5. CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	48

1. INTRODUÇÃO

A terceirização é a atualidade das relações trabalhistas existente em nosso país. Muitas empresas e órgãos públicos, buscando descentralizar suas atividades, para um melhor aproveitamento e desenvolvimento, terceiriza trabalhadores para realizarem atividades intermediárias, que não influenciam na finalidade desta empresa, porém, sua realização é essencial.

O tema apresentado é um tema controverso, tendo em uma das vertentes a Lei Federal, que determina taxativamente sobre a inadimplência do empregador em relação às verbas trabalhistas, sendo intransferível a responsabilidade do seu pagamento para a Administração Pública. Do outro lado, está o inciso V da Súmula 331 do TST, que pressupõe que a Administração Pública responde subsidiariamente às obrigações trabalhistas devidas ao empregado terceirizado.

O principal objetivo deste trabalho é demonstrar os casos de terceirização e nesse mesmo sentido os reflexos da súmula 331 do TST na Administração Pública, quando se fala em responsabilidade em decorrência do inadimplemento da empresa terceirizada. Isso por que o entendimento não é pacificado, na medida em que o STF deferiu uma Ação Declaratória de Constitucionalidade em relação ao parágrafo 1, art. 71 da Lei 8666/96, cujo teor deixa imune os órgãos públicos de tal responsabilidade.

A terceirização surgiu no direito pátrio através da ciência da administração de empresas, sendo esta forma de contratação muitas vezes utilizada como uma saída para a redução dos gastos com pessoal, bem como de desvincular a empresa tomadora de serviços dos custos referentes a um empregado, aumentando assim os lucros da empresa.

O trabalho em questão aborda ainda a evolução da terceirização em nosso ordenamento jurídico, dando ênfase à forma como o Judiciário trabalhista trata esta forma de relação de trabalho, preservando sempre o hipossuficiente da relação, o trabalhador.

Este tema visa esclarecer aos leitores sobre os direitos e obrigações concretas da Administração Pública, se tal relação é lícita ou ilícita, bem como questionar a responsabilidade das empresas tomadoras de serviços.

A metodologia utilizada para obter informações e coletar dados, foi o método hipotético-dedutivo, a qual objetiva as questões relacionadas à dimensão jurídica do

tema, e aos seus aspectos doutrinários legislativos. Como método auxiliar, utilizou-se o método histórico, que a partir da análise de fatos passados, demonstrou a influência destes em nossa sociedade e em nosso ordenamento jurídico. Adota-se ainda o método de pesquisa bibliográfica.

O desenvolvimento desta monografia foi dividido em três capítulos escritos de forma dissertativa. E também com a sua devida Introdução e Conclusão.

O primeiro capítulo trata do direito do trabalho no Brasil e no mundo, trazendo conceitos, especificando as relações de emprego e o contrato de trabalho. Em seguida, o segundo capítulo aborda a Terceirização, explanando sua evolução histórica, seus princípios e características, bem como seu conceito.

O terceiro e último capítulo aborda o tema da aplicabilidade da Súmula 331 na Administração Pública e o questionamento acerca da ADC-16 e a nova redação da súmula em questão. Também foi feita uma pequena explanação acerca do Projeto Lei 4330/2004, que atualmente tramita no Congresso Nacional.

Por fim, há uma conclusão onde se descreve comentários pertinentes ao objetivo do trabalho, e o posicionamento sobre essas discussões.

2. O DIREITO DO TRABALHO.

2.1 No Mundo

A legislação do Direito do Trabalho é mais recente que os outros ramos do direito, no entanto, o trabalho que o homem desenvolve nasceu com ele, como forma de sobrevivência.

Esse direito surgiu em decorrência da finalidade de organizar e regularizar essa atividade econômica, trazendo proteção e direitos a quem faz parte desse ciclo, para que não lese a parte mais fraca dessa relação.

Para o autor Castro (2000, p. 47), o direito do trabalho surgiu da seguinte forma:

[...]

Da necessidade de regular a evolução da sociedade em face do aperfeiçoamento das atividades econômicas, sendo que os primeiros sinais do trabalho por conta de outrem surgiram com a organização das comunidades já na Idade Média, estando suas origens ligadas à escravidão e a servidão.

Ainda de acordo com esse autor, o direito do trabalho surgiu em virtude das necessidades de regulamentar uma área muito presente no cotidiano das pessoas. Mesmo que suas origens estejam ligadas a um passado indigno, que é a escravidão, é preciso compensar aqueles que trabalharam muito em troca de pouca coisa.

Antigamente, o trabalho era considerado como castigo, sendo a escravidão um bom exemplo disso, pois é a forma de trabalho a que mais representa a idade antiga.

De acordo com Cassar (2012, p. 03), o trabalho antigamente era destinado a pessoas que mereciam ser torturadas, como explica:

Do ponto de vista histórico e etimológico a palavra trabalho decorre de algo desagradável: dor, castigo, sofrimento, tortura. O termo trabalho tem origens no latim – tripalium. Espécie de instrumento de tortura ou canga que pesava sobre os animais. Por isso, os nobres, os senhores feudais ou os vencedores não trabalhavam, pois consideravam o trabalho como uma espécie de castigo.

E esse modo de pensamento perdurou por muitos anos, dando outro significado ao termo “trabalho” muito diferente do atual.

As entidades representativas de trabalhadores surgiram na Idade Média, os quais tinham como objetivo acalmar e resolver conflitos entre polos diferentes, para

que sempre houvesse uma melhor solução de conflitos entre a parte hipossuficiente e a parte com mais poder na relação. Essas entidades representativas se assemelhavam ao sindicalismo atual.

Logo após a Idade Média, nos séculos seguintes, vários movimentos com intuito de garantir direitos aos trabalhadores começaram a surgir. Movimentos como a Revolução Francesa, no final do século XVIII, e a Revolução Industrial, no século XIX, trouxeram várias garantias àqueles trabalhadores que exerciam suas funções em lugares carentes de proteção e sem infraestrutura adequada para o fiel cumprimento do serviço. Com a Revolução Industrial e o surgimento das indústrias, foi criado o chamado “emprego” e conseqüentemente a busca pela contraprestação, ou seja, pelo salário.

Nessa época, vários trabalhadores cansados dos descasos e das condições precárias em que exerciam o trabalho, começaram a reivindicar por melhorias na relação de emprego. Garantias estas que podemos citar: menor jornada de trabalho; fim do preconceito em relação às mulheres que desenvolviam atividades iguais aquelas exercidas pelos homens, porém, recebendo um salário inferior a estes; entre outros.

Desse modo, passaram a existir leis e constituições pelo mundo tratando dos direitos e garantias desses trabalhadores. A primeira surgiu no México em 1917 e logo em seguida na Alemanha, no ano de 1919. Nesse mesmo ano, fora criado o Tratado de Versalhes, e a partir deste culminou o surgimento da Organização Internacional do Trabalho.

Esta Organização é uma agência multilateral da Organização das Nações Unidas, tendo como especialidade os tratados e normas internacionais do trabalho, visando, assim, proteger as partes que se envolvem neste ramo do direito no âmbito internacional.

E por fim, em relação ao surgimento desse direito no mundo, é válido ressaltar a expressão de Delgado (2011, p. 87):

O Direito do trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que maturam, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre, mas subordinado e de concentração proletária, que propiciam a emergência do Direito do Trabalho.

Assim, é importante ressaltar que apesar do trabalho humano ser tão antigo quanto a sua existência, o direito regulador dessa atividade foi criado tardiamente, gerando inúmeros conflitos e injustiças, tanto por parte do empregador quanto por parte do empregado.

2.2 No Brasil

O trabalho no Brasil só foi tratado de forma justa após a abolição da escravidão. Tendo como marco do surgimento desse direito no nosso país, a Lei Áurea.

A primeira Constituição Brasileira que aborda sobre o tema do direito do trabalho é a que foi promulgada em 1891, trazendo tal assunto de forma bem restrita e tímida, em seu Artigo 72, parágrafo 24, conforme se demonstra a seguir:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, a segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 24. É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

Com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, o Brasil sofreu diversos reflexos em virtude desta criação, culminando diversos movimentos obreiros em todo país no intuito de reivindicar por melhorias de condições de trabalho.

No ano de 1934, o governo de Getúlio Vargas, buscando uma maior amplitude no direito trabalhista, criou uma nova Constituição que visava várias garantias aos trabalhadores. Tais garantias podem citar: liberdade sindical, surgimento do salário mínimo, proteção aos menores e mulheres, férias anuais, jornada de trabalho de oito horas diárias, indenização por despedida sem justa causa, criação efetiva da Justiça do Trabalho, repouso remunerado, dentre outros.

É válido lembrar que naquela época, além das Constituições que previam direitos e garantias ao ramo do Direito do Trabalho, também surgiram leis ordinárias que tratavam das garantias dos trabalhadores rurais, temporários, entre outros.

A Constituição Federal de 1934 foi considerada a primeira constituição brasileira a ter normas específicas do direito do trabalho, elevando os direitos trabalhistas ao patamar constitucional, uma vez que sua elaboração teve influência do constitucionalismo social da Constituição de Weimar e da Constituição Americana.

Em 1937, com a ocorrência do golpe, fora outorgada uma nova Constituição, inspirada na Constituição Polonesa, que se caracteriza pela expressa intervenção Estatal, e assim criou-se um modelo de Sindicato único vinculado ao Estado, considerando assim, a greve e o *lockoute* como recursos antissociais prejudiciais a economia.

A Constituição de 1946 foi considerada como democrática, uma vez que possibilitou a participação dos empregados nos lucros das empresas, possibilitou também o repouso semanal remunerado o que culminou na expansão do benefício da estabilidade decenal a todos os trabalhadores. Restabeleceu também o direito a greve e, principalmente, a retirada da Justiça do Trabalho do Poder Executivo e sua inclusão no Poder Judiciário.

O décimo terceiro salário e a criação do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) foram criados nos anos de 1962 e 1966.

Em se tratando da Constituição de 1967, esta não trouxe grandes alterações no cenário trabalhista, contudo, criou-se na época a legislação infraconstitucional, a qual regulamentou o direito das empregadas domésticas, as atividades do trabalhador temporário e por fim o direito do trabalhador rural.

Finalmente, com a Constituição de 1988, surgiram vários direitos e proteções trabalhistas que em seu artigo 7º detalha que: FGTS, salário mínimo, seguro desemprego, piso salarial, irredutibilidade de salário, 13º salário, adicional noturno, participação dos lucros e resultados, jornada de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, entre outros.

Essa nova Constituição trouxe igualdade de direitos entre trabalhadores urbanos e rurais, trazendo também normas que visam proteção ao cidadão contra atos discriminatórios de qualquer natureza, sendo considerado um divisor de águas.

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) é a regra mãe para todo empregado, sendo criado a partir do Decreto Lei N 5452, de 1º de maio de 1943. Sendo também uma coletânea de várias leis que tratavam acerca desse assunto, e

por que não, sendo uma bíblia a todos aqueles que precisam se proteger de atos arbitrários em decorrência da relação no Direito do Trabalho.

2.3 Conceito e Natureza Jurídica do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho é na realidade um conjunto de regras e princípios que visam regularizar as relações individuais e coletivas de trabalho, tendo por fim a garantia do indivíduo e melhores condições de emprego.

Acerca do conceito, Cassar (2012, p. 05) ensina:

Direito do Trabalho é um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; a atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; a estabilização da economia social e a melhoria da condição social de todos os relacionados.

Essa autora, de maneira bem ampla, trata o direito do trabalho de forma generalizada e, com um conceito completo, mostra as diferentes diretrizes desse ramo do direito.

O Direito do Trabalho, ao buscar a sobrevivência do indivíduo, impõe limites a aqueles que obtêm lucros a partir do desempenho de outros. Esse direito possui vários princípios que o norteiam, no intuito de proteger as partes envolvidas, evitando assim, arbitrariedades em decorrência dessa relação.

Também falando sobre o conceito do Direito do Trabalho, os autores Cremonesi e Fabre (2012, p. 23), falam da seguinte forma: .

O Direito do Trabalho é conceituado a partir de definições subjetivistas (que tem como vértice os sujeitos ou as pessoas a que se aplica), objetivistas (em que avulta o objeto, a matéria disciplinada pelo Direito do Trabalho, centrando suas precauções na modalidade de relação jurídica intersubjetiva por ele disciplinada) e mistas (que abrangem os sujeitos e o objeto do Direito do Trabalho numa unidade).

O autor Delgado (2011, p. 83), explica também da seguinte forma:

O direito do trabalho é produto do capitalismo, atado a evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica

econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa.

A tese desse autor nos faz entender que o Direito do Trabalho ao ser produto do capitalismo, coloca o trabalho no âmbito coerente da sociedade civil, fazendo com que haja uma relação digna entre sociedade e empresa.

Na questão de Leis que norteiam esse direito, além da Consolidação das leis Trabalhistas, da Constituição Federal, Súmula e Orientações Jurisprudenciais, existem também normas e convenções coletivas que se aplicam a determinados grupos profissionais. É importante levar em consideração que tais acordos ou convenções coletivas não podem ferir a norma maior, a Constituição.

Na questão pertinente à natureza jurídica do Direito do Trabalho, não é fácil identificar o ramo desse direito, pelo motivo óbvio: algumas normas do Direito Público prevalecem no Direito Obreiro. Esse intervencionismo estatal visa garantir os direitos mínimos dos trabalhadores para que seja respeitado um dos princípios fundamentais, que é o da dignidade da pessoa humana.

Além do mais, o Direito do Trabalho também possui regras do Direito Privado, surgindo assim várias teorias acerca da natureza jurídica do Direito Laboral.

Já em relação à Teoria do Direito Privado, os que defendem essa teoria se baseiam na tese que o Direito do Trabalho surgiu no Direito Civil.

Renato Saraiva (2012, p. 22, 23) expõe que:

O fato de existir um intervencionismo básico do Estado, determinando um conjunto de regras mínimas que proteja a parte economicamente mais fraca, não seria suficiente para deslocar o Direito Laboral para o campo do Direito Público. Os contratantes (empregado e empregador), respeitadas as normas impositivas de Direito Público, seriam livres para estipular as regras contratuais do pacto de emprego, restando claro que a maioria das normas contidas no diploma consolidado é de índole privada.

A corrente majoritária entende que o Direito do Trabalho está inserido no Direito Privado, por existir a relação do empregado/empregador, sendo ambas as partes privadas. No entanto, apesar de estar inserido neste ramo, o intervencionismo estatal está muito presente, uma vez que busca proteger o elo mais fraco desta relação, o empregado.

2.4 Relações de Emprego – Conceito, caracterização e natureza jurídica

A prestação obrigacional de trabalho pode surgir a partir de uma obrigação pessoal, sem subordinação, e/ou sem pessoalidade ou esporadicamente. Porém, tais casos não configuram relação de emprego, porque para que exista essa relação é preciso à presença de determinados requisitos.

A relação de emprego é uma das modalidades da relação de trabalho, sendo um tipo específico, próprio e inconfundível com as demais modalidades da relação de trabalho.

Pereira (2012, p. 43), relata que relação de emprego é: “uma espécie de relação de trabalho com a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, também conhecidos como elementos fático-jurídicos da relação empregatícia”.

Desse modo, os elementos que esse autor se refere são: prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; prestação efetuada com pessoalidade; não eventualidade; subordinação ao tomador de serviços e prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

Esses elementos são essenciais para a configuração de relação empregatícia, assim, a falta de um deles não gera esse vínculo.

Quanto à natureza jurídica da relação de emprego, a doutrina está bastante pacificada ao afirmar que esta é contratual. Segundo ilustríssima doutrinadora, Cassar, existem três correntes que explicam a natureza jurídica da relação de emprego, qual sejam,

a) Teoria Anticontratalista – cuja defesa se resume na ideia de que o empregador é uma Instituição não contratual, não existindo contrato.

b) Teoria Acontratalista – de acordo com a doutrinadora Cassar, p.257, esta se define da seguinte forma:

Não afirma nem nega a existência do contrato, pois não se preocupa com tal fato. Defende que a simples aceitação pelo empregado de ingresso na empresa basta para a existência da relação de emprego.

c) Teoria Contratualista- esta por fim, considera a relação entre empregado e empregador como um contrato, um vez que tal relação surgiu da vontade das partes. A autora Cassar, p. 257, faz uma ótima explanação acerca deste tópico:

Por isso a Teoria Contratualista entende que o ajuste é fundamental para o início da relação de emprego, pois sem a vontade dos

contratantes, ela não se constitui, já que o pretendente empregado tem que aceitar as condições oferecidas para o emprego e o chefe da empresa escolher aquele trabalhador, mesmo quando a lei imponha regras mínimas que não podem ser derogadas pelas partes. Esta foi a teoria adotada pela CLT.

Dessa forma compreende-se a teoria contratualista aplicável temática proposta.

2.5 Contrato de Trabalho

2.5.1 Conceito

O contrato de trabalho é um acordo proveniente entre partes, que ao ajustar pactos, culminam garantias e obrigações, sendo que tal acordo poderá ser tácito ou expresso.

O autor Pereira (2012, p. 73) conceitua contrato de trabalho da seguinte forma:

O contrato Individual de Trabalho pode ser conceituado como negócio jurídico, tácito ou expresso, verbal ou escrito, por meio do qual uma pessoa física (natural) assume o compromisso de prestar serviços a outrem (pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado), com personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica.

Esses elementos expressos na definição transcrita acima são indispensáveis para a existência do contrato de trabalho, e, na falta de alguma dessas características, o contrato tende a ser nulo.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em seu art. 442, caput, define o contrato de trabalho como: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

De acordo com esse artigo, o contrato de trabalho abarca o contrato de emprego e eventual, sendo estes espécies daquele.

Já em relação à natureza jurídica deste tipo de contrato, Jorge Neto (2003, p. 208) relata:

O contrato de trabalho é originário do direito Romano na qual havia três formas básicas de locação: a *locatio rei*, onde uma das partes se obrigava a conceder o uso e gozo de uma coisa, em troca de certas retribuições; o *locatio operarium*, onde uma das partes se obrigava a executar determinado trabalho, sob determinada remuneração; e a

locatio operaris faciendi, onde uma das partes se obriga a realizar um objetivo sob certa remuneração. O contrato de trabalho tem como fonte remota a locatio operarum, sendo que, com o avanço das relações sociais, houve a necessidade da criação de regras para disciplinar a figura do trabalho subordinado, levando a constituição do direito do trabalho.

2.5.2 Empregado

O empregado é o receptor das normas protetoras do Direito do Trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho define esse sujeito como qualquer pessoa física que, mediante contraprestação (salário), presta serviços cuja natureza não seja eventual e subordinada ao empregador.

Para Martins (2012, p.77.): “Empregado é a pessoa física que com ânimo de emprego trabalha de forma subordinada e de modo não eventual para outrem, de quem receba salário”.

Assim, esses requisitos são essenciais para a criação da figura do empregado, sendo que a falta de um deles descaracteriza este trabalhador. Nesse sentido, uma pessoa jurídica jamais pode reivindicar garantias pertinentes ao empregado.

No tocante às distinções, estas não podem ocorrer, sendo proibida a distinção de sexo, cor, estado civil ou graduação para que alguém assuma a condição de empregado.

Cabe ressaltar que não podem ser considerados empregados às pessoas obrigadas a prestar serviço, como os presidiários, militares, pessoas que trabalham por cortesia ou solidariedade, entre outros.

E por fim, o art. 3º da CLT caracteriza o empregado de tal forma:

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

Esse artigo traz os requisitos essenciais para a caracterização do empregado, sendo essencial a presença de todos eles.

Por fim, para ser empregado, é preciso compreender todos esses requisitos, e na falta de qualquer um deles, fica descaracterizado a existência do trabalhador.

2.5.3 Empregador

O empregador é o credor da prestação de trabalho, devedor da contraprestação salarial, configurando a figura central da empresa no seu âmbito econômico social e disciplinar.

Para Delgado (2011, p. 390), empregador é:

...define-se como a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação.

Assim, para que seja considerado empregador, este precisa assumir os riscos da atividade econômica, mediante contraprestação. Falta-se um dos elementos citados no artigo, não há presença da figura do empregador. Como exemplo, podemos citar o trabalho voluntário. Nesse trabalho não existe o elemento salário, e assim, fica descaracterizada a relação de emprego, não existindo, em consequência, a figura do empregador.

3 TERCEIRIZAÇÃO

3.1 Evolução Histórica da Terceirização no Brasil

A Terceirização surgiu no Brasil em meados do século XX, no mesmo período em que a Indústria Automobilística se propagou em nosso País. Nesta época, em virtude da mão de obra barata e da incansável competitividade das indústrias em corrida para a maior concessão de lucro possível, este instituto surgiu, com o intuito de aliviar os encargos trabalhistas.

Durante muito tempo o art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT- era a única hipótese de terceirização prevista no nosso ordenamento jurídico. No entanto, com a necessidade de aprimorar este tema, em 1967 criou-se o Decreto-Lei número 200/67, que em seu artigo 10, parágrafo 7º, veio por incentivar a ampliação da terceirização, com o intuito de descentralizar as atividades da Administração Pública.

Art. 10. § 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.

Em seguida, a terceirização foi também estendida ao setor privado pela Lei número 6.019/74 (permitindo apenas contratos de curta duração, visando atender as necessidades transitórias) e pela Lei 7.102/83 (limitando-se apenas aos trabalhadores ligados à segurança bancária).

Convém frisar que até esse período a Terceirização era regulamentada pela Súmula 256 do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 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.

Logo após com a Lei nº 8.036/90, o empregador formal passou a se equiparar ao tomador de serviço.

Art. 15. § 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão de obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

Assim, com o desenvolvimento das práticas de Terceirização por parte dos Empregadores ao longo dos anos, o Tribunal Superior do Trabalho se viu diante da necessidade de organizar, regulamentar e atualizar este instituto, criando e editando a Súmula 331 do TST, como se demonstra a seguir:

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 a 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 evidenciado 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.

Hoje em dia a terceirização é muito utilizada por empresas privadas e também por órgãos da Administração Pública, trazendo melhores caminhos para a obtenção de maiores lucros e facilitando a organização por quem se utiliza deste instituto. No entanto, o entendimento jurisprudencial sedimentado por via da Sumula 331 do TST possibilitou aos trabalhadores a preservação de seus direitos, além de evitar arbitrariedades pelo tomador de serviços.

3.2 Princípios da Terceirização

A terceirização se firma como um molde de flexibilizar a estrutura convencional da relação de emprego, tendo por base os princípios pertinentes a essa relação previstas nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Os princípios norteadores do Direito do trabalho encontram-se principalmente no princípio da determinação legal da identidade do empregado e do empregador e no princípio protetor.

Acerca do princípio da determinação legal da identidade do empregado e do empregador, Carelli (2003, p. 86) conceitua:

Esse princípio tem sua razão de ser em sua imprescindibilidade para a garantia do princípio base do Direito do Trabalho, pois seria muito fácil eliminar o princípio protetor, se não se dispusesse na legislação quem e quando se são empregador e empregado. Se tal princípio não existisse, ao firmar o contrato se determinaria somente contratante, e o empregado “contratado autônomo” fugindo das normas protetoras trabalhistas, além das tributárias.

Em se tratando do princípio da proteção, este tem como fundamento o propósito de equilibrar o capital e a força de trabalho, uma vez que são totalmente desiguais.

Desse modo, fica claro que a terceirização surge quando não há presença de princípios da relação de emprego (pessoalidade e subordinação). A subordinação do trabalhador é em relação à empresa que realiza a terceirização e não em relação ao tomador de serviço. Tal entendimento também se aplica em relação à pessoalidade, pelo motivo de não existir apenas a presença de um trabalhador para

desempenhar o serviço, podendo ser possível à substituição por outrem sem haver prejuízo ao tomador de serviço. E assim, esse instituto surge quando há legalidade nas relações entre o tomador de serviços e a empresa contratada, sempre se norteando na proteção do empregado, parte fraca da relação;

3.3 Características da Terceirização

Na terceirização não é necessário, como na relação de emprego, da subordinação e pessoalidade entre trabalhador e tomador de serviço, contudo, para existir uma caracterização específica são necessários que se busquem outros conceitos fora do ramo do Direito. Desse modo Wolfe, em seu artigo, caracteriza a terceirização da seguinte forma.

Relação entre empresas idôneas, com capacidade econômica incontestável, de modo que deve ser imprescindível que a empresa contratada assuma os riscos do negócio e tenha condições econômicas de honrar seus compromissos com os trabalhadores. b) restrinja-se a serviços especializados, como os de vigilância, asseio e conservação, refeições assistência técnica, etc., não se justificando a utilização de mão de obra especializada, por já ser um indício a respeito da ilicitude da terceirização; c) que os serviços terceirizados sejam sempre ligados à atividade meio da empresa e não a atividade fim; d) que a prestação do serviço seja dirigida pela empresa locadora, que os trabalhadores sejam subordinados aos empregados desta e não aos prepostos da empresa locatária.

É necessário que na terceirização se encontre tais características para que tal procedimento não se confunda com a modalidade de locadora de mão de obra, sendo este de caráter ilícito no Direito Trabalhista.

3.4 Conceito de Terceirização

De acordo com o doutrinador Martins (2016, p. 298), o conceito de terceirização é claro e sucinto,

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.

Assim, a terceirização é uma realidade de atividade essencial para aqueles que pretendem descentralizar as atividades das suas empresas.

Do mesmo modo, Cassar (2012, p. 510) define terceirização como:

Terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhadores, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal.

Assim, mesmo havendo a contratação direta do trabalhador por parte da empresa, esse processo se torna trilateral pela existência da empresa tomadora de serviço.

E não poderia faltar o conceito do ilustríssimo doutrinador Delgado (2011, p. 426), em que ele diz:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente. É o mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador.

Desse modo, a empresa tomadora de serviços contrata uma determinada mão de obra a outra empresa que serve como intermediadora. Apesar dessa subcontratação contrária a finalidade do direito, a terceirização constitui a exceção ao princípio da ajenidad, princípio o qual define que a relação de emprego é criada de forma diretamente com o tomador de serviços.

A Súmula 257 do TST ao tratar da possibilidade de terceirização, define que o vigilante, por mais que seja contratado diretamente pelo banco, ou por intermédio de empresa especializada, não se configura como bancário.

E por fim, a Súmula 331 do TST traz várias hipóteses de terceirização, só admitindo quando se tratar de atividade-meio. No entanto, como toda regra há exceção, existem possibilidades de haver terceirização em atividades-fim, como ocorre na indústria automobilística e civil.

3.5 Atividade-Fim e Atividade-Meio

A terceirização é um meio utilizado para aumentar lucros e diminuir despesas, sendo uma prática comum na administração, inserida na atividade empresarial. E assim, sabendo que a empresa possui diversas atividades, este tópico visa esclarecer a diferença entre a atividade-fim e a atividade meio.

O Ministro Mauricio Godinho Delgado explana que essa distinção entre atividade-meio e a atividade-fim já vem sendo abordada desde 1960 no Decreto – Lei 200/67 e na Lei número 5645/70. Tal distinção é necessária, uma vez que, através desta pode-se definir se tal conduta na terceirização é lícita ou ilícita.

Delgado (2011, p. 438) em seu livro trás a diferença entre essas atividades:

Atividade-fim pode ser conceituada como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de 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 definitivas da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviço. Por outro lado, atividade-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 a essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

A atividade-fim é uma atividade que tem como objetivo principal concluir tarefas relacionadas ao objetivo social da empresa. Como exemplo, podemos citar as atividades de um banco, em que a atividade-fim é a intermediação de capitais por meio de diversas operações financeiras, e também para ratificar o conceito dessa atividade, pode-se dizer que a atividade-fim da escola é a prestação de ensino e de planejamento didático da educação.

Uma forma de identificar a atividade-fim de uma empresa é fazendo uma consulta ao seu Contrato Social, e, ao analisar seu objeto, ter conhecimento do propósito da empresa. Todas as atividades inseridas nesse contrato são essenciais, e assim, toda atividade que trabalhe diretamente com esse setor, é atividade-fim.

É possível haver a terceirização de serviços ligados à atividade-fim do tomador, como ocorre na substituição de pessoal regular e permanente ou para acréscimo extraordinário de serviço, conforme previsto na Lei número 6019/74. Como exemplo, podemos citar uma situação em que o engenheiro ao precisar gozar das suas férias, a empresa para não ter prejuízo, poderá terceirizar outro engenheiro para substituir o titular durante este período.

Atividades como a construção civil (art. 455 CLT), indústria automobilística, serviços de telefonia (art. 25, Lei nº 8987/95), também são hipóteses lícitas de terceirização de atividade-fim.

Em relação à indústria automobilística, é muito comum a contratação de empresas especializadas para contratação de pessoas terceirizadas, tendo em vista que esses trabalhadores executam seus serviços junto aos empregados da indústria. É importante observar que tal terceirização só pode ocorrer caso não exista a pessoalidade e subordinação entre o trabalhador e o tomador de serviços.

Do mesmo modo, o TST em sua jurisprudência também é contrário à terceirização de atividades-fim, conforme vemos a seguir:

VINCULO DE EMPREGO – VENDEDOR DE PASSAGENS DE EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO – TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM-ILEGALIDADE. Evidenciando a prova que a reclamada se utilizou de empresa interposta para venda de passagens, vendas que eram realizadas sem eu “Box” situado no interior do terminal rodoviário, razoável a conclusão do Regional, porque caracterizada típica delegação de atividade-fim a terceiro, que responde como verdadeira empregadora. Inteligência do Enunciado n 331, I, do TST.

Desse modo, fica clara a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, e assim, o enquadramento de diversas atividades lícita ou ilícita na terceirização acontece de forma mais precisa e também é notória que não há divergências doutrinárias acerca do conceito dessa atividade, não havendo desse modo uma explicação contrária aos entendimentos desses ilustres autores.

3.6 Terceirização Lícita e Ilícita

É necessário haver a explanação desse assunto para o devido entendimento de uma terceirização nos moldes da lei, para que na prática não exista arbitrariedades por parte do empregador que se beneficia deste instituto.

Não há legislação que proíba a contratação de terceiros, mesmo porque o art. 170 da Constituição é bem claro ao consagrar o princípio da livre iniciativa. Entretanto, que ele seja trabalhado de forma a não vilipendiar as normas protetivas do ser humano, seus direitos sociais e em especial, do trabalhador.

Porém, atualmente vem sendo praticado de forma intencional a contratação de mão de obra para diminuir custos em benefício do empregador, fraudando os direitos dos obreiros.

A doutrinadora Volia Bonfim (2012, p. 517), traz estas definições de forma bem sucinta e clara, entre as terceirizações lícitas e ilícitas, sendo da seguinte forma:

lícitas são as previstas na súmula 331 do TST (ressaltando que as terceirizações das leis nº 6019/74 e 7102/83 já constam no entendimento jurisprudencial). Godinho esclarece, ainda, que no caso do inciso III da citada súmula, a terceirização somente será lícita se houver ausência de pessoalidade e subordinação. Ilícitas são todas as terceirizações sem o amparo da súmula 331 do TST..

Desse modo, a distinção entre as duas atividades (lícita e ilícita) está bem definida, não podendo haver, no entanto, desconhecimento desse conceito para não aplicação correta da terceirização.

Qualquer prestação de serviços terceirizados pode se transformar em relação de emprego com o tomador, desde que patente à subordinação jurídica do empregado ao contratante. Os Tribunais Trabalhistas consideram fraudulentas as terceirizações ilícitas, impedindo a flexibilização das relações de trabalho.

Em se tratando de terceirização lícita, estão os serviços de vigilância, de limpeza, de empreitada, subempreitada, do estagiário e de prestação de serviços. Também no rol de terceirização lícita, estão os serviços de telecomunicações que podem contratar terceiros para desenvolver atividades acessórias ou complementares ao serviço.

Para ser caracterizada como lícita, a terceirização não pode ter nenhum elemento da relação de emprego, principalmente o elemento subordinação e pessoalidade com o tomador de serviços.

Desse modo, caso a atividade passe a ser configurada como essencial para a empresa, a terceirização passa a ser ilícita.

Se na terceirização for configurada a subordinação, o entendimento a ser seguido de acordo com a jurisprudência é o da relação de emprego:

Trabalhador demitido que adquire a ferramenta de trabalho anteriormente fornecida pelo empregador e continua na mesma atividade exercendo os mesmos serviços, para a mesma empresa, através de outra, pertencente ao mesmo grupo com subordinação, dependência econômica e pessoalidade, configura vínculo empregatício. (TRT 6 região, RO 788/86. Ac.3T,j.6-7-87, Rel. Juiz Adalberto Guerra Filho, LTr, 52-7/838).

De acordo com esse julgado, se houve a recontração do empregado, seguindo as mesmas normas antes estipuladas ao cargo que ocupa, há subordinação, restando comprovada a relação de emprego.

É também evidenciado casos de terceirização ilícita quando o empregado realiza o mesmo trabalho, nas mesmas funções da tomadora de serviços, ocasião em que se observa claramente a existência de pessoalidade na prestação de serviços, havendo assim fraude na contratação por empresa interposta.

Assim, terceirização lícita é quando a empresa transfere sua atividade meio para uma empresa terceirizada, desenvolvendo desse modo como atividade-fim.

De outro modo, a terceirização ilícita, é aquela que contraria a Súmula 331, que ocorre quando uma empresa contrata outra (empresa interposta) para que realize serviços por um custo reduzido, serviços, os quais devem ser praticados pela empresa responsável pela contratação da terceirizada.

O Ministério do Trabalho com o intuito de inibir o abuso decorrente da terceirização instituiu a Instrução Normativa número 3/97.

4 TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Princípio da Obrigatoriedade do Concurso Público e a Possibilidade de Terceirização

O TST ,ao editar a Súmula 331, assegurou que os empregados terceirizados não formam vínculo empregatício com a Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional caso ocorra contratação irregular do trabalhador, através de empresa interposta. Isso ocorre em virtude do art. 37, inciso II da Constituição Federal, o qual declara que a investidura em cargos públicos ocorrerá somente mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvada as nomeações para cargo em comissão ou de livre nomeação.

Em relação à contratação irregular, a autora Cassar (2012, p. 536) ensina:

A contratação de trabalhadores através de empresa colocadora de mão de obra, mesmo irregular e contrária à lei, não acarreta a formação do vínculo com o tomador público, ante o óbice constitucional. Nesse sentido o inciso II da Súmula número 331 do TST e a Súmula número 363 também do TST.

A Constituição Federal prevê amplas e irrestritas hipóteses de terceirização por parte do ente público que, ao necessitar de mão de obra em caráter de urgência, não podem esperar pela criação de cargos decorrente de lei ou pela aprovação em um concurso público.

A Lei Infraconstitucional disciplina que o Estado poderá descentralizar a execução de serviços para empresas contratadas com o intuito de reduzir o número de funcionários. Assim, o intuito de terceirização também será aplicado aos órgãos públicos, uma vez que esta não implica inicialmente em contratação de pessoal, mas somente em prestação de serviços.

A prática de terceirização de alguns serviços que não se enquadram na atividade-fim dos diversos órgãos públicos, reside no interesse da própria administração Pública em não aumentar seu quadro de pessoal, conduta esta baseada em lei quando da edição do Decreto-lei 2.300/86 e também pela Lei 8.666/93.

Assim, o TST deu tratamento diferenciado aos entes públicos e aos entes privados, quando estes simulam contrato com empresas terceirizadas e quando a

fraude ocorre com o ente público. No contrato realizado por empresa privada é reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a suposta tomadora. No entanto, quando o contrato for com a administração pública haverá apenas responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas.

Pereira (2012, p. 109) discorre sobre a responsabilidade subsidiária da administração pública da seguinte forma:

Não obstante o art. 71, caput e parágrafo 1, da lei 8.666/1993 afastar qualquer responsabilidade trabalhista da Administração Pública, prevalecem-se o entendimento de sua responsabilidade subsidiária, em virtude da culpa *in eligendo* e *in vigilando* proveniente da licitação, ou seja, a culpa na escolha do contratado e na fiscalização de suas atividades.

Na terceirização, a empresa tomadora de serviços ou o Ente público será responsável subsidiário pelo adimplemento das verbas trabalhistas. Nos casos de terceirização fraudulenta, ocorrerá o reconhecimento do vínculo com o tomador de serviço, salvo se este for a Administração Pública, haja vista que há uma diferenciação entre entidades estatais e privadas em relação à solenidade de contratação de força de trabalho, ocorrendo somente a responsabilidade subsidiária.

O obreiro que prestou serviço ao Estado através de empresa interposta e não foi aprovado previamente em concurso público, não pode ser considerado empregado público, mesmo se houver desconhecimento da norma por parte do empregado, ficando assim, impedido de formar vínculo com a administração pública.

4.2 Responsabilidades Solidária e Subsidiária

Primeiramente, é importante destacar a diferença entre responsabilidade solidária e a responsabilidade subsidiária. Desse modo, Alvarenga (2003, p. 21), relata:

SOLIDARIEDADE - A solidariedade no contrato de trabalho significa que a Empresa Tomadora dos serviços ou produtos terceirizados, ou seja, a empresa Cliente, e a Empresa Fornecedora, são igualmente responsáveis pelas obrigações resultantes da relação empregatícia. O vínculo jurídico existe entre ambas as Empresas, responsabilizando-as por qualquer pagamento não realizado dentro da legislação trabalhista, mesmo se uma única condenação trabalhista atinja duas empresas. Também no caso de acidente de trabalho, com

danos morais e materiais e mesmo as ações criminais, a justiça comum adota este conceito.

SUBSIDIARIEDADE - A subsidiariedade no contrato de terceirização ocorre quando a Empresa Prestadora de Serviços ou fornecedora de produtos não cumpre suas obrigações, ficando a Empresa Tomadora, ou seja, a Empresa Contratante, responsável pelos débitos não cumpridos pela prestadora. Neste caso, a Empresa Tomadora somente se responsabilizará pelas obrigações se estas não forem cumpridas pela Empresa Prestadora

De acordo com o conceito exposto acima, é claro que há diferença entre essas responsabilidades. Assim, na solidariedade, a responsabilidade é de ambas em relação aos trabalhadores, enquanto que na subsidiariedade, se a empresa contratada não puder cumprir com suas obrigações, é a contratante que irá ser responsabilizada e obrigada a pagar os débitos com os trabalhadores.

A solidariedade não se presume, decorrente de Lei ou das vontades das partes e em se tratando de Direito obreiro, dificilmente a solidariedade decorre de contrato, uma vez que o tomador não vai querer responder pela dívida do prestador de serviço.

Martins (2011, p. 167) trás em seu livro a diferença de solidariedade passiva e ativa:

Na solidariedade ativa, cada um dos seus credores solidários tem direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro. Enquanto na solidariedade passiva, o credor tem o direito de exigir e receber de um ou de alguns devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum.

Em razão disso, é imprescindível que o contratante exija da contratada sua regularidade em relação as obrigações trabalhistas, tanto para fins fiscais tanto para fins tributários, para que possa ter meios de, caso haja alguma falha da contratada, ir à busca da responsabilidade da mesma com relação aos trabalhadores.

O terceiro que participou da fraude como “empresa prestadora de serviços” responderá solidariamente, com base no art. 942 do Código Civil.

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

A responsabilidade subsidiária é uma espécie de benefício de ordem. Assim, quando o devedor principal não paga, quem irá pagar vai ser o devedor secundário, sendo a empresa tomadora de serviços.

Sendo assim de grande importância que a empresa contratante busque parceiros que denotem segurança e confiabilidade para que não venha a sentir os reflexos mais adiante. Irá acontecer a diminuição dos riscos da responsabilidade trabalhistas caso tomem as devidas precauções no momento da contratação da empresa terceirizada. E assim, se a tomadora de serviços não escolher uma prestadora de serviços idônea, ou mesmo não fiscalizar o correto pagamento dos empregados da prestadora, ela poderá ser considerada responsável de forma subsidiária, em uma futura reclamatória trabalhista.

Para que o empregado possa receber seus direitos trabalhistas deve provar que prestou serviços para a empresa tomadora dos mesmos. Entretanto, se o trabalho era realizado pelo empregado nas dependências do próprio prestador de serviços, não há como tratar de responsabilidade subsidiária.

Martins (2011, p. 140) faz uma relação entre responsabilidade solidária, subsidiária e a Súmula 331 do TST:

O tomador de serviços não é, portanto solidário com o prestador dos serviços. O tomador de serviços somente responderá se o prestador dos serviços não pagar a dívida trabalhista ou se o seu patrimônio for insuficiente para o pagamento do débito. A responsabilidade subsidiária só existe se o devedor principal não adimplir a obrigação. Nesse caso, o responsável subsidiário irá responder desde que tenha participado da relação processual e tenha havido o trânsito em julgado da decisão.

Porém, a tomadora de serviços poderá entrar com uma ação regressiva em face da prestação de serviços, requerendo o ressarcimento dos valores desembolsados na ação trabalhista.

A responsabilidade subsidiária se verifica caso a empresa prestadora de serviços não possua patrimônio suficiente para cumprir com suas obrigações. Na prática, o que se tem observado é um abuso nesse entendimento, com ações contra o tomador de serviços, sem que haja explicação para a inclusão do mesmo no polo passivo da ação.

.O entendimento pela responsabilidade do pagamento dos débitos trabalhistas deve ser da empresa terceirizada, pelo fato de ser ela quem contrata diretamente os empregados. Entretanto, nos casos de não vigilância pela tomadora

de serviços e/ou falta de patrimônio da empresa terceirizada para o pagamento dos débitos trabalhista, o tomador de serviços possui responsabilidade subsidiária.

A condenação subsidiária decorre da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*, com base no caput do art. 927 do Código Civil, que preceitua: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim o seguinte acórdão trata:

TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇO EM RELAÇÃO ÀS VERBAS DECORRENTES DOS CONTRATOS DE TRABALHO FIRMADOS PELA PRESTADORA. A terceirização da prestação de serviços quando regulamente configurada, embora afaste a possibilidade da formação de vínculo de emprego dos trabalhadores envolvidos com o tomador, não exime este da responsabilidade subsidiária quanto às obrigações a cargo do legítimo empregador. Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. Recurso Ordinário 13.812/93. 4 T. Rel. Juiz Antonio Fernando Guimarães, publicado em 12/02/94.

Este outro acórdão também trata acerca desta responsabilidade:

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA
AIRR 13162920135150138 (TST)

Data de publicação: 18/08/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1. Tratando-se de procedimento sumaríssimo, somente é cabível recurso de revista fundamentado em violação direta de dispositivo da Constituição da República, ou em contrariedade a súmula desta Corte. Com efeito, o agravo improspera quando se arrima em divergência jurisprudencial. 2. "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". Estando em consonância com a jurisprudência sumulada desta Corte, o Acórdão Regional não pode ser atacável pelo recurso de revista. Inteligência do § 4º (atual § 7º), do artigo 896, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Pelos julgados mencionados acima, entende-se que o julgador responsabiliza o tomador dos serviços pelos encargos trabalhistas não assumidos pela prestadora, visto que, aquele tem o dever de estar sempre vigiando todas as atribuições da empresa prestadora, já que é o principal beneficiário da prestação de serviços.

Também é importante ressaltar que, quando se trata de terceirização lícita, não há que se falar em responsabilidade solidária, pois esta não se presume, decorrente de lei ou da vontade das partes, conforme art. 265 do Código Civil.

4.3 Responsabilidade Trabalhista do Estado pela Inadimplência da Empresa Terceirizada

Quando se trata de responsabilidade trabalhista por parte do Estado e de terceirização lícita, inexistente o vínculo empregatício com o tomador de serviço, principalmente quando se trata de ente público, uma vez que existe a vedação expressa de contratação de pessoal sem prévia habilitação em concurso público.

No entanto, quando se trata de direitos e obrigações trabalhistas a serem pagas ao trabalhador, o direito trabalhista relata que a responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas nem sempre é exclusiva do empregador.

Para melhor entendimento, cita-se a figura do empreiteiro, que mesmo não sendo empregador dos funcionários do subempreiteiro, deve responder solidariamente, no caso de inadimplência desse último.

No entendimento da jurisprudência, a Administração Pública responde subsidiariamente nos casos de contratação de empresa terceirizada,

Terceirização. Ente público - Responsabilidade subsidiária. Súmula 331, IV, TST.

A pactuação de contrato de prestação de serviços com empresa inidônea quanto às obrigações trabalhistas, atrai a responsabilidade subsidiária da contratante quanto a estas, pois sobre ela recai a culpa in eligendo pela má escolha da prestadora de serviços, especialmente em se tratando da Administração Pública, que possui mecanismos legais para exigir que os licitantes garantam e prestem contas da satisfação dos direitos trabalhistas de seus empregados. Assim, deve o ente público tomador ser considerado subsidiariamente responsável pelo pagamento das verbas deferidas ao autor, conforme orientação da Súmula nº 331 IV e V, do TST.

(TRT/SP - 00003140220105020361 - RO - Ac. 8ªT 20120061460 - Rel. ADALBERTO MARTINS - DOE 06/02/2012)

Nesta mesma toada, posiciona-se o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região, no julgamento do Recurso Ordinário Trabalhista nº 00863201015803006 0000863-12.2010.5.03.0158, in verbis:

TRT-3 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO
00863201015803006 0000863-12.2010.5.03.0158 (TRT-3)

Ementa: TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ABRANGÊNCIA. A responsabilidade subsidiária tem por escopo incluir o tomador de serviços (que se assemelha ao fiador ou avalista) na garantia da plena satisfação dos direitos decorrentes do labor do trabalhador. Desse modo, não há se falar em limitação da responsabilidade subsidiária, porquanto, o tomador dos serviços tinha o dever de fiscalizar a execução do contrato pela empresa interposta, ficando compelido ao pagamento de todas as verbas em que foi condenada a devedora principal, referentes ao período da prestação laboral, em caso de inadimplemento, à míngua de qualquer exceção quanto às obrigações trabalhistas, na forma dos itens IV e VI da Súmula 331/TST.

O voto do primeiro julgado revela-se pautado na Lei 8.666/93, relatando que a administração apenas é responsabilizada subsidiariamente em face de inadimplemento da empresa contratada.

Desde a edição da Súmula 331 do TST, tem se questionado várias dúvidas em se tratando de terceirização no serviço público. Nos dias atuais, não há uma posição consolidada na questão da responsabilidade subsidiária do ente público, e, desse modo os julgadores pretendem uniformizar a jurisprudência que fala sobre esse assunto, para tentar sanar essa lacuna existente.

Não há questionamento sobre a inexistência do vínculo do empregado, mesmo quando este não for aprovado em concurso público de provas e de títulos, como exposto no inciso II, do art. 37 da Constituição.

Como os entes públicos não podem contratar trabalhadores sem prévia aprovação em concurso público, estes contratam empresas particulares para a realização de trabalhos tendo como finalidade o desenvolvimento de atividade-meio, sendo contratos bilaterais e onerosos.

Quando a entidade pública contrata os empregados de forma direta sem a realização de concurso público, tal ato por ser considerado nulo e culminará o não pagamento das verbas trabalhistas ao empregado. Porém, quando a administração formaliza contratos através de licitações, se torna responsável solidário pelas obrigações trabalhistas, caso haja algum inadimplemento pelo prestador de serviços.

Isso decorre no sentido de que não basta só contratar uma empresa, mas também fiscalizar seus atos e exigir uma prestação eficiente.

Nos casos em que a Administração se omite em fiscalizar incorre a *culpa in vigiando* e quando o ente público contrata empresa inidônea, age com culpa *in eligendo*.

Tanto em relação à culpa *in vigiando* e a culpa *in eligendo*, há responsabilidade civil contra a Administração, devendo esta responder subsidiariamente pelo pagamento de verbas trabalhistas.

A Administração Pública ao seguir a lei, fica submetida a diversas obrigações, tanto no momento do contrato, tanto no seu momento posterior, fiscalizando as atividades e recursos da empresa contratada, e caso haja alguma irregularidade, tem o poder de dar fim ao contrato. Assim, caso a administração fique omissa em relação às irregularidades da empresa contratada, o poder público sofre a culpa *in vigilando* e/ou culpa *in eligendo*, caso em que se aplica o art. 159 do Código Civil e o parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal.

4.4 Ação Declaratória de Constitucionalidade 16-DF

No dia 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal em decorrência da Ação de Declaratória de Constitucionalidade, declarou a constitucionalidade do parágrafo 1, do artigo 71 da Lei 8666/93. Desse modo, a decisão do STF prevê que caso haja inadimplência da empresa terceirizada que foi contratada pelos órgãos públicos, em relação aos encargos trabalhistas, a administração pública não será responsabilizada pelo pagamento.

Essa ação foi criada depois de muitos debates e discussões sobre esse assunto, pelo governador do Distrito Federal em março de 2007, sob o argumento:

Sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

No mês de maio do mesmo ano, o relator Cezar Peluso indeferiu o pedido de liminar. Em seguida, foi colocada em julgamento no mês de setembro, sendo a ação conhecida pelo Ministro Marcos Aurélio, e assim foi pedido para que fosse julgado o mérito.

De acordo com tal argumento, a diretriz do Judiciário é em seguir a súmula editada por este, não indo de encontro com a Lei Federal. Motivo que fez o qual a interposição dessa ação, com o objetivo de haver uma maior observância dessa Lei e conseqüentemente havendo um maior benefício à Administração Pública. Visto que, tão declaração, exime a responsabilidade do ente público.

Os efeitos dessa ação de declaração de constitucionalidade, apesar de serem *inter partes*, ao fazer coisa julgada material, vinculam as pessoas e os órgãos públicos, não sendo possível, no entanto, questionar tal validade.

Porém, esse entendimento do STF tem gerado muitas polêmicas, na medida de que existem varias decisões proferidas pelos TRTs e também pelo TST opostas a esse entendimento.

O art. 71, parágrafo primeiro declarado constitucional afirma que:

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

§ 1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

O STF ao declarar esse parágrafo constitucional, não transporta à Administração Pública a responsabilidade do pagamento dos encargos trabalhistas, caso haja inadimplemento da empresa contratada.

O entendimento fixado na ADC 16-DF culminou no provimento das inúmeras Reclamações Constitucionais contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundadas na Súmula 331/TST, objeto da controvérsia, ao espeque que o verbete nega vigência ao preceito da Lei de Licitações.

É importante lembrar que a ADC, no caso em tela, é desvinculada de determinados casos concretos e assim, não resolve conflitos entre determinadas partes. O STF tem como fundamento a teoria de que a Súmula 331 do TST reconhece indiretamente a inconstitucionalidade do art. 71, parágrafo 1 da Lei em questão, sem observar a cláusula da reserva do plenário. Tudo em ofensa ao art. 97, CF e a Súmula vinculante 10 do STF.

Desse modo, por decisão em plenário, o STF, com vários argumentos, impugnou o verbete do TST no tocante à responsabilização subsidiária em face da Administração Pública pelos débitos trabalhistas gerados pela empresa terceirizada.

4.5 Nova Redação da Súmula 331 do TST

A Súmula 331 surgiu no intuito de esclarecer a cerca dos contratos terceirizados e também falar sobre a responsabilização, tanto da empresa interposta, quanto da empresa tomadora de serviços.

Essa Súmula, antes do deferimento da Ação de Declaração de Constitucionalidade previa:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

De acordo com esta, a Administração Pública era responsável de forma subsidiária nos casos do empregador da empresa terceirizada não cumprir com as devidas obrigações de cunho trabalhistas. Desse modo, a Administração Pública, baseado nesse inciso, deveria arcar com todo tipo de inadimplência decorrente da dívida do empregado. O empregado não pode e não poderia sair lesado no momento em que o Empregador deixasse de ter condições financeiras suficientes para assumir tal pagamento.

Com o advento da ADC-16, o TST se sentiu obrigado a dar uma nova redação a Súmula 331, para melhor se adaptar ao entendimento do STF. Porém, o TST só contempla a ausência da responsabilização em determinados casos, como mostro em uma decisão do TST:

[...] embora o artigo 71 da Lei 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve

ser imposta a contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. (Processo: RR – 663197-47.2000.5.01.55555 do TST Data de Julgamento: 24/09/2003, Relator: Milton de Moura França, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/10/2003.)

Baseado nesse entendimento é claro notar que o TST não entrou no mérito de discussão da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei 8666/93. O Tribunal Superior do Trabalho mostra que há constitucionalidade, porém a responsabilidade da administração tem base o descumprimento do contrato em relação a serviços de obra.

Mesmo a decisão do STF sendo em favor à não responsabilização da Administração Pública nos casos de inadimplência das empresas interpostas, o presidente do STF diz que a depender de cada caso, não impedirá o reconhecimento da responsabilização, perante o TST.

O TST vem reconhecendo a responsabilidade da União nos casos de omissão culposa em relação à fiscalização, por culpa da administração.

Em decorrência desse impasse, o TST não achando outra solução mais eficaz, deu uma nova redação a Súmula 331, em seu inciso IV, e acrescentou mais dois incisos.

[...]

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

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Diante dessa nova Súmula, a Administração Pública continua (em determinados casos) sendo responsabilizada subsidiariamente nos casos em que o inciso se aplica. Desse modo, a nova redação da Súmula continua contrariando a decisão proferida pelo STF, não acabando com esse impasse, que esta longe de chegar ao fim.

Dessa forma, a Administração Pública se responsabilizaria tão somente quando faltar com seu dever de fiscalizar a contratação de empresas terceirizadas ou ainda, quando descumpra seus deveres contratualmente estabelecidos.

Vislumbrando uma hipótese de responsabilização da Administração Pública, seria, por exemplo, quando esta deixa de repassar para a empresa interposta às verbas contratadas. A Administração Pública estaria agindo culposamente, cabendo em tese sua responsabilização. Pelas alterações ainda serem recentes, poucas foram às decisões tomadas pelos Tribunais que possibilitariam verificar seu entendimento.

É válido ressaltar que há casos em que TST segue o entendimento do art. 71, parágrafo 1 da Lei 8666/93:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO SEGUNDO RECLAMADO. ENTE PÚBLICO. TERMO DE PARCERIA FIRMADO NA ÁREA DA SAÚDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Configuradas as hipóteses que autorizam o trânsito do Recurso de Revista, dá-se provimento ao Agravo para determinar o seu processamento. RECURSO DE REVISTA DO SEGUNDO RECLAMADO. ENTE PÚBLICO. TERMO DE PARCERIA FIRMADO NA ÁREA DA SAÚDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NÃO CONFIGURAÇÃO. A responsabilidade subsidiária com fundamento na Súmula n.º 331 do TST ocorre quando há um contrato de prestação de serviços, figurando o Município como tomador dos serviços prestados pela Empresa contratante da mão de obra. Ora, tratando-se de Termo de Parceria, como consignado pelo Regional, não há falar em prestação de serviços e muito menos em responsabilização subsidiária, nos termos da Súmula n.º 331, IV, do TST. Recurso de Revista conhecido e provido. (Processo: RR - 2569-35.2010.5.06.0000. Data de Julgamento: 01/03/2011, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/03/2011.).

Outro caso acerca da não caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CULPA -IN VIGILANDO - E-IN ELIGENDO - . CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. ADC Nº 16-DF. Não caracterizada a conduta culposa do tomador dos serviços no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, nem sendo possível invocar a responsabilidade objetiva da Administração Pública, haja vista a decisão proferida pelo STF na ADC nº 16-DF, que declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não subsiste a condenação do Município como responsável subsidiário. Nos termos do item V da Súmula nº 331 desta Corte Superior, na redação aprovada pela Res. nº 174/2011, a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Dessa jurisprudência uniforme dissentiu o acórdão recorrido. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 430800-70.2009.5.09.0513 Data de Julgamento: 19/10/2011, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011)

RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16/DF. Esta Corte Superior, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADC-16, de caráter vinculante, editou o item V da Súmula 331, segundo o qual os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciado 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. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 5281-95.2010.5.06.0000 Data de Julgamento: 31/08/2011, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/09/2011.)

Porém, quando a Administração Pública possui culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, o entendimento que vem seguido é o da Súmula 331 do TST, como mostro a seguir:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A atribuição de responsabilidade subsidiária ao tomador de serviço integrante da Administração Pública, frente à integralidade dos créditos decorrentes do contrato de trabalho do autor, decorre de presença de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, pois se trata de responsabilidade extracontratual com origem na inadimplência da empresa prestadora de serviço. No caso a União não comprova ter fiscalizado a execução do contrato mantido com a empresa de vigilância reclamada, restando caracterizada culpa *in vigilando*, e responde também por culpa *in eligendo*, já que contratou empresa inidônea. (RO numero 0143000-44.2009.5.04.0701, 9 Turma.Rel. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, julgado em 13/10/2011).

Assim, em decorrência do deferimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade pelo STF e pela nova redação da súmula 331, só poderá haver a condenação da Administração se for comprovado que o Órgão público não seguiu as normas existentes na Lei 8666/93 e/ou não fiscalizou a empresa contratada. Devendo assim cada caso ser analisado de acordo com as provas colhidas para que a Administração não fique impune, ou não seja responsabilizada por algo fora do seu alcance.

4.6 Projeto de Lei 4330 de 2004

Atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4330/2004, já aprovado pelos deputados federais e que esta atualmente no Senado, aguardando para ser colocada em pauta para votação.

O objetivo maior deste projeto está na regulamentação dos contratos de terceirização existentes no mercado atual brasileiro, havendo vários pontos controvertidos e gerando polêmica. O ponto mais controverso está na contratação de serviços terceirizados para qualquer atividade (tanto atividade meio, quanto a atividade fim), diferente do que já fora bastante debatido explicado nos capítulos anteriores desta monografia, exigindo apenas que a contratada esteja focada em uma atividade específica.

Ao debater acerca da terceirização no capítulo anterior, ficou clara sua definição e sua forma correta de utilizar esse mecanismo de forma licita. O Projeto de Lei que esta em tramitação visa derrubar tudo que já fora estudado anteriormente, uma vez que um dos seus principais objetivos está na abrangência das terceirizações tanto para as atividades meio como atividades-fim. Fato este que irá gerar muitas mudanças no cenário trabalhista.

Para melhor compreensão, segue uma tabela simples¹ e direta extraída da internet, que poderá facilitar o estudo de Projeto de Lei:

Projeto de lei 4330	O que muda na prática
O contrato de prestação de serviços abrange todas as atividades, sejam elas	Proposta permite que qualquer atividade

¹Tabela extraída da internet em 28 de outubro de 2016, disponível em :<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/04/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-que-sera-votado.html>

<p>inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.</p>	<p>de uma empresa possa ser terceirizada, desde que a contratada esteja focada em uma atividade específica. Segundo o relator, o objetivo é evitar que a empresa funcione apenas como intermediadora de mão de obra, como um “guarda-chuva” para diversas funções.</p>
<p>A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas dos funcionários da prestadora de serviços/devedora</p>	<p>O terceirizado só pode cobrar o pagamento de direitos da empresa tomadora de serviços quando a contratada não cumpre as obrigações trabalhistas e após ter respondido, previamente, na Justiça. Ou, quando a empresa contratante não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. A contratante terá de fiscalizar mensalmente o pagamento de salários, horas-extras, 13º salário, férias, entre outros direitos.</p>
<p>A administração pública pode contratar prestação de serviços de terceiros, desde que não seja para executar atividades exclusivas de Estado, como regulamentação e fiscalização</p>	<p>A administração pública pode contratar terceirizados em vez de abrir concursos públicos e será corresponsável pelos encargos previdenciários, mas não quanto às dívidas trabalhistas. Sempre que o órgão público atrasar sem justificativa o pagamento da terceirizada, será responsável solidariamente pelas obrigações trabalhistas da contratada. O texto somente não se aplica à administração pública direta, autarquias e fundações</p>

<p>O recolhimento da contribuição sindical compulsória deve ser feito ao sindicato da categoria correspondente à atividade do terceirizado e não da empresa contratante.</p>	<p>Os terceirizados não serão representados por sindicatos das categorias profissionais das tomadoras de serviços. O argumento é que isso favorecerá a negociação e a fiscalização em relação à prestação de serviços.</p> <p>O terceirizado será representado pelo sindicato dos empregados da empresa contratante quando a terceirização for entre empresas com a mesma atividade econômica, o que possibilitará que o trabalhador receba as correções salariais anuais da categoria.</p>
--	---

Desse modo, caso esse Projeto seja aprovado em definitivo, irá mudar o conceito de terceirização, ignorando tudo o que se preceitua na Consolidação de Lei do Trabalho, jurisprudências e todas as doutrinas existentes em nosso país.

Apesar deste projeto esta sendo tratado com sua devida cautela, uma vez que este iniciou-se a corrida de aprovação em 2004, o Brasil, analisando o cenário econômico, não se encontra maduro o suficiente para suportar estas possíveis mudanças. Os trabalhadores estão na parte fraca da corrente, merecendo assim mais respeito, mais direitos, mais segurança jurídica e econômica.

Extinguir a responsabilidade do tomador de serviços, no caso de terceirização ilícita ou sem fiscalização, ou até mesmo inserindo as atividades fins neste contexto, estaria gerando uma grande contradição, uma vez que os trabalhadores iriam laborar de forma direta na empresa contratante, realizando a atividade mais importante, porém seus direitos estariam garantidos somente pela empresa terceirizada, que diante do cenário econômico, poderá ficar cada vez mais frágil, não havendo assim garantias aos empregados nos casos de falências das empresas terceirizadas, ficando a mercê da sorte, e, enquanto isso, a empresa contratante auferindo de todo o lucro e sem nenhum tipo de responsabilidade.

5. CONCLUSÃO

De acordo com o estudo feito nos capítulos anteriores a respeito da terceirização e na aplicação na esfera estatal, é claro ressaltar que ainda há várias discordâncias em relação à responsabilidade da Administração Pública quando se trata de inadimplência da empresa terceirizada em relação aos débitos trabalhistas.

Ao analisar o segundo capítulo, ficou demonstrado a evolução histórica do Direito do Trabalho, em suas vertentes em relação ao contrato do trabalho e suas partes.

O terceiro capítulo veio para mostrar as formas de terceirização, servindo de base para a explicação do quarto capítulo, que tratou acerca desse instituto na esfera estatal e sua responsabilização.

A nova redação da Súmula 331 do TST, abordado amplamente no quarto capítulo, tem como principal objetivo tentar inibir condutas arbitrárias e ilícitas da administração, trazendo a responsabilidade subsidiária na esfera estatal, e nesse sentido fazendo com que o tomador de serviços seja responsabilizado de forma subsidiária pelas obrigações trabalhistas não pagas pela prestadora de serviços.

Desse modo, entendemos pela não aplicação do art. 71, parágrafo 1º da Lei 8666/93 em sua forma singular, uma vez que resta claro a ideia de que o trabalhador é a parte fraca da relação, e uma vez que a empresa terceirizada não cumpre com suas obrigações, é dever da Administração Pública, pagar as devidas verbas trabalhistas.

Tudo de acordo com a nova redação da súmula 331 do TST.

Acredita-se que a Ação Declaratória de Constitucionalidade – 16 foi proferida de um único ponto de vista, no sentido de que o parágrafo que é tratado em questão exime a responsabilidade da administração em todos os casos. Porém, há situações que por culpa do órgão público, tanto pela não vigilância da empresa contratada, quanto por não seguir estritamente a contratação da empresa interposta pela Lei 8666/93, provocou o inadimplemento do pagamento das verbas trabalhistas. Assim, nestes casos entende-se que é cabível sim a responsabilidade subsidiária ao ente público.

Apesar de existir alguns pontos controvertidos ainda não consolidados acerca do instituto da terceirização, o Projeto de Lei 4033/2004 que tramita atualmente no Congresso Nacional visa tentar consolidar isto, no entanto,

priorizando a parte mais forte da relação, o empregador. O nosso país ainda não está preparado economicamente para receber estas mudanças, e, caso esse Projeto de Lei seja aprovado, outros âmbitos do Direito do Trabalho deverão merecer também uma mudança, caso contrário, os mais fracos, vulgo trabalhadores, passarão a sofrer a cada dia mais em relação as arbitrariedades dos empregadores.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Carlos Silva. **Logística e Terceirização: O caso da Volkswagen de**

Taubaté.2003. 73 f. Monografia (Especialização pelo Curso de MBA) - Departamento de Economia, Contabilidade, Administração e Secretariado, Universidade de Taubaté, São Paulo, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006.

BRASIL, **Consolidação das leis trabalhistas**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL, **Lei 6.019** de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providências.

BRASIL, **Lei 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.

BRASIL, **Lei 8.036** de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da outras providências.

BRASIL, **Lei 8.666** de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e da outras providências.

BRASIL, **Lei 8987** de 13 de Fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

BRASIL, **Lei 9.601** de 21 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências.

BRASIL, **Súmula nº 256** TST.

BRASIL, **Súmula nº 257** TST.

BRASIL, **Súmula nº 331** TST.

BRASIL, **Súmula nº 363** TST.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão de obra**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros. 2000.

- CREMONESI, Andre; FABRE, Luiz Carlos Michele. **Direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva 2012.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual do direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: Método, 2011.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NETO, Francisco Ferreira Jorge. **Manual do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- MARQUES, Fábio; ABUD, Cláudia Jose. **Direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. **Direito do Trabalho**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva 2005.
- PEREIRA, Leone. **Direito do trabalho**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.
- WOLFE, Luciana Silva Ceolin. **A caracterização da terceirização e o Direito do Trabalho Sumula 332 TST** . Disponível em <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/luciana-silva-ceolin-wolfe.pdf>> Acesso em 28 out. 2016.
- CAVALLINI, Marta**. Entenda o Projeto de Lei da Terceirização aprovado na Câmara. **Disponível** em <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/04/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-que-sera-votado.html>." Acesso em 28 out. 2016