

Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O NOVO
CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL**

JULIANA FERREIRA SILVA

BRASÍLIA/DF
2011

JULIANA FERREIRA SILVA

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O NOVO
CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Orientadora: Prof.^a Célia Mara Peres

**BRASÍLIA/DF
2011**

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho, inicialmente, a Deus pela vida e por essa conquista. Aos meus pais, Edson e Júlia, por me ensinarem a viver a vida com dignidade, ensinando-me a alcançar os meus objetivos com humildade em primeiro lugar. Que nas horas difíceis da minha vida me deram apoio, força e coragem para superar, e nas horas felizes sempre compartilharam da minha felicidade. Dedico a essas duas pessoas, que amo muito, e tenho muito orgulho por serem meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por essa vitória e realização deste sonho. Aos mestres e doutores desse curso de especialização pela grande contribuição intelectual. Agradeço, em especial à Prof.^a Célia Mara Peres, pela orientação na elaboração desse trabalho.

EPÍGRAFE

“O ensino, como a justiça, como a administração, prospera e vive muito mais realmente da verdade e moralidade, com que se pratica, do que das grandes inovações e belas reformas que se lhe consagram.” Rui Barbosa, 1910.

RESUMO

O estudo trata da terceirização na administração pública e o novo conceito de subordinação estrutural. A terceirização é a contratação de atividade especializada para ser prestada por outra empresa. Esse instituto ganhou um enorme contingente na administração pública e juntamente com isso se desenvolveu de forma irregular, uma vez que a terceirização somente pode ser feita na consecução da atividade-meio da empresa. Contudo, de forma constante, vem sendo feita na atividade-fim, em especial, na administração pública, desrespeitando princípios constitucionais e a regra do concurso público, disposta no art. 37 da Carta Magna. A fim de não prejudicar o trabalhador surge a ideia de reconhecimento do vínculo e o novo conceito de subordinação estrutural que se justifica para impossibilitar a terceirização da atividade-fim.

Palavras-chave: terceirização; administração pública; subordinação estrutural; atividade-fim; e atividade-meio.

ABSTRACT

The study deals with outsourcing in public administration and the new concept of structural subordination. Outsourcing is hiring specialized activity to be provided by another company. The institute has gained a large following in public administration and along with that developed unevenly, since outsourcing can only be made in achieving the medium-activity of the company. But, is constantly being made, especially in public administration at the end activity, disregarding the constitutional principles and the rule of the tender, the provisions of article 37 of the Constitution. In order not to endanger the worker comes the idea of recognition of the bond and the new concept of structural subordination that is impossible to justify the outsourcing of core activity.

Keywords: outsourcing, public administration, structural subordination, core activity, and activity-half.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF– Supremo Tribunal Federal.

TST – Tribunal Superior do Trabalho.

CLT– Consolidação das Leis do Trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	<i>ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.</i>
1. TERCEIRIZAÇÃO	<i>ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.</i>
1.1. Fundamentos históricos	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
1.2. Conceito.....	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
1.3. Características	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
1.4. Vantagens e desvantagens da terceirização	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ...	<i>ERRO!</i>
INDICADOR NÃO DEFINIDO.	
2.1. Organização da Administração Pública.....	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.2. Serviço Público: diferença entre servidor e empregado público	<i>Erro!</i>
Indicador não definido.	
2.3. As peculiaridades da terceirização no serviço público..	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.4. O procedimento licitatório	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.5. Princípios relacionados	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.5.1. Legalidade	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.5.2. Impessoalidade	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.5.3. Moralidade	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.5.4. Publicidade.....	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.5.5. Eficiência	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.5.6. Outros Princípios.....	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.6. Responsabilidade do Estado	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
2.7. Nova redação da Súmula 331 do TST	<i>Erro! Indicador não definido.</i>

3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O NOVO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL	Erro! Indicador não definido.
3.1. Conceito de subordinação estrutural	Erro! Indicador não definido.
3.2. Justificativas nas relações de trabalho	Erro! Indicador não definido.
3.3. Ponderações Importantes	Erro! Indicador não definido.
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

A terceirização é uma contratação de atividade especializada para ser prestada por outra empresa. É uma tendência mundial que conquistou um grande espaço no direito do trabalho brasileiro, tendo em vista que diversas empresas estatais e não estatais utilizam serviços terceirizados para a consecução de atividade-meio e, infelizmente, de forma desordenada e corriqueira, também, para atividade-fim, o que a torna irregular.

A escolha do tema deu-se em razão de ser atual e é alvo de discussão doutrinária e jurisprudencial. É de relevância social no que tange as políticas das empresas e de relevância individual do ponto de vista do empregado. Tem relevância econômica, pois a automação e as constantes mudanças no mercado de trabalho obrigam o legislador a flexibilizar os direitos, tanto por necessidades transitórias, como crises financeiras, quanto por políticas e incentivos sociais às empresas, a fim de fomentar a empregabilidade de alguns setores.

Ademais, o tema é louvável ao obreiro que deve ser amparado pela legislação laboral e ter garantido ao menos o seu mínimo existencial, ou seja, ratificar que o trabalhador não deve ser objeto de direitos e sim sujeito destes.

Existem, destarte, inúmeros trabalhos e pesquisas na internet acerca dessa temática; decisões judiciais reconhecendo vínculo trabalhista de empregados terceirizados que são contratados de forma irregular.

O objeto da pesquisa se restringiu a abordar a terceirização na administração pública e o novo conceito de subordinação estrutural no âmbito do direito laboral. A meditação acerca do tema remontará a faceta irregular da terceirização e o conseqüente surgimento de um novo conceito de subordinação jurídica, que seria a subordinação estrutural ou integrativa.

Tem-se, portanto, como foco o aspecto irregular da terceirização no serviço público e o que viria a ser subordinação estrutural.

A inquirição a ser feita é se a administração pública é ou não beneficiada com a terceirização e o novo conceito de subordinação estrutural é ou não favorável ao empregado.

No desenvolvimento desse estudo foi utilizado como método de abordagem, o método dedutivo. A meditação foi diretamente relacionada com o silogismo de Aristóteles, introduzindo o tema mais genérico e amplo que é a terceirização e passado para um tema mais específico que é a terceirização na administração pública e o novo conceito de subordinação estrutural.

O presente estudo se divide em três capítulos. O primeiro, buscando introduzir o leitor ao tema tratará da terceirização em sentido amplo: seus fundamentos históricos; conceito; características; e vantagens e desvantagens do processo de terceirização.

No segundo capítulo, numa maior incursão, busca-se elencar e caracterizar a contratação dos terceirizados na administração pública: abordando a organização da administração pública; as peculiaridades da terceirização no serviço público; o procedimento licitatório; os princípios correlatos; a responsabilidade do Estado; e a nova redação da súmula 331 do TST.

No terceiro e último capítulo, é feita uma análise acerca da terceirização na administração pública e o novo conceito de subordinação estrutural. Tratou-se do conceito de subordinação estrutural; das justificativas nas relações de trabalho; assim como ponderações relevantes acerca do tópico.

A apreciação do tema tem como técnica de pesquisa a forma eminentemente bibliográfica com algumas elucidações em entrevistas, ementas de decisões judiciais e sites jurídicos.

O levantamento é feito por meio da doutrina clássica de direito administrativo, direito do trabalho, da jurisprudência atual do Tribunal Superior do Trabalho e por meio de artigos e publicações feitas em revistas especializadas e sítios jurídicos. No que tange a doutrina, serão utilizados alguns conceitos e ideias de Jorge Luiz Souto Maior, Mauricio Godinho Delgado e Rodrigo de Lacerda Carelli.

1. TERCEIRIZAÇÃO

O direito é uma ciência humana e social que se interliga diretamente com várias outras ciências, dentre elas podemos destacar: economia, contabilidade, administração, etc.

O direito do trabalho, em especial, integra uma justiça especializada por ter importância singular para a sociedade. Ademais, este direito, por sua vez, guarda relação estreita com a economia e administração.

No contexto de crises econômicas globais, era da informação e necessidade de mão de obra, percebe-se nitidamente uma tendência de flexibilidade das normas trabalhistas, tendo em vista que não adianta garantir aos empregados diversos direitos trabalhistas e não poder manter sequer um trabalhador empregado, tendo em vista as condições onerosas que determinada empresa pode vir a suportar.

Por outro, lado não é plausível deixar de garantir as condições dignas de trabalho ao obreiro. É inaceitável retroceder e flexibilizar direitos que levaram séculos de luta para que pudessem ser positivados, efetivados e aplicados na sociedade.

A terceirização, por sua vez, é uma das formas de flexibilização que surge, no Brasil, num contexto em que começava a ser ampliado o mercado automobilístico e as montadoras traziam mão de obra apenas para a execução de determinadas fases do processo de produção, uma atividade especializada.¹

Destarte, a terceirização é uma contratação de atividade especializada para ser prestada por outra empresa². Esse fenômeno é uma tendência mundial que conquistou um grande espaço na conjuntura atual do direito do trabalho brasileiro,

¹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização. Obra: Formas atípicas de trabalho**. LTR, SP, 2004, 1ª edição, págs. 43 a 53. Material da 3ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Tele Virtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.p.03.

² MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Pelo cancelamento da sumula nº 331 do TST**. <http://www.sindinstalacao.com.br/UploadDoc/doutrina%20ref.%20terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20-%20s%C3%BAmula%20331.rtf>. Material da 3ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG, p.02.

tendo em vista que diversas empresas estatais e não estatais utilizam serviços terceirizados para a consecução de atividade-meio e, infelizmente, de forma desordenada e corriqueira, também, para sua atividade-fim, o que é vedado.

1.1. Fundamentos históricos

Até o começo do século XX, a forma predominante de contratação, devido ao paradigma da produção em massa, era a integração vertical, em que a organização deveria reunir todas as atividades do segmento econômico por ela desenvolvido.

A partir dos anos setenta, uma nova forma de estrutura organizacional passou a ser configurada, em especial na área industrial, acarretando diversas mudanças, tais como: formas diversas de organização do trabalho, revolução na base técnica, considerando a adoção de novas tecnologias, e, principalmente, uma nova forma de relacionamento entre as empresas.³

Surge, então, uma nova forma de organização da produção e divisão de trabalho, denominada de especialização “flexível” ou “toyotismo”, visando aumentar a eficiência e reduzir os custos administrativos das empresas, cuja característica mais importante é à concentração das atividades da empresa em sua atividade-fim, ou *core business*. Dessa forma, entregar-se-ia as outras atividades para empresas parceiras, formando uma organização maior em torno da atividade principal da empresa.⁴

No início dos anos 1970, intensificou-se a crise do “fordismo”, que já nascera em decorrência do desenvolvimento da organização sindical e de uma contradição entre a legislação trabalhista e a crise de oferta; da internacionalização crescente da atividade econômica decorrente do instituto da globalização; e inclusive do monetarismo, o que gerando crise de demanda.⁵

Permitiu-se, assim, segundo os dizeres de Rapassi em seu artigo sobre o tema o que se segue:

³ NETO, João Amato. **Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação**. Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v.32, n.2, mar./abr.,1995,p.34.

⁴ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Prefácio Jessé Torres Pereira Junior, Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.43.

⁵ RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Subordinação estrutural, terceirização e responsabilidade no Direito do Trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1738, 4 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11123>>. Acesso em: 23 set. 2011.

[...] o aparecimento do sistema toyotista, também conhecido como sistema ohnista, que implementou novas técnicas de administração, principalmente o "downsizing": o salário individualizado (por produtividade), a diminuição com controle do estoque ("kan-ban") e a produção em tempo real ("just-in-time"); com isso, eliminou-se o excesso de equipamentos, a área útil empenhada nas atividades e o número de empregados necessários para a mesma produção, mantendo-se apenas os trabalhadores multifuncionais, qualificados e adaptáveis às mudanças.⁶

Deste modo, percebe-se que a realidade industrial com o passar dos anos se mostra modernizada e tendente a novos métodos de trabalho e flexibilização que afetam diretamente a economia e, também, direito laboral.

O fenômeno da terceirização tem cenário deflagrado, primeiramente, nos Estados Unidos e Europa, mas desenvolveu-se em todo o mundo como ferramenta gerencial, e não como mera contratação de mão-de-obra. Tal evolução foi provocada principalmente pelo fato de que a delegação de atividades auxiliares permite a concentração no foco principal (ou núcleo fundamental) da pessoa.⁷

A expressão terceirização correspondia ao termo inglês *outsourcing*, que significa suprir fontes externas, representando a decisão da organização no sentido de utilizar transações de mercado em vez de utilização de transações internas, visando atingir determinados fins, em regra, propósitos econômicos.⁸

O processo de terceirização, em síntese, estava relacionado à opção organizacional entre o "fazer" e o "comprar", "sendo uma alternativa à integração vertical".⁹

Em complemento, a terceirização pode ser vista como uma decisão em se deixar que determinados fornecedores tomem conta de certas atividades que outrora eram feitas internamente e exclusivamente pela empresa.

Feitas essas considerações a respeito da conjuntura histórica e do processo de terceirização, passa-se à análise do conceito desse instituto.

⁶ Idem.

⁷ FORTINI, Cristina (Org.). **Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p.43.

⁸ CABRAL, Sandro. **Terceirização de processos industriais sob a ótica da economia dos custos de transação**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração: Salvador, 2002.p.18.

⁹ ARAÚJO, Leandro dos Reis de. **Análise sobre a atividade do "upstream" da indústria do petróleo brasileiro (1997-2003)**. Monografia de bacharelado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia.Rio de Janeiro, set., 2004,p.13. Apud: SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010. -(Série IDP). p.18.

1.2. Conceito

A terceirização é definida, por Sérgio Pinto Martins, como uma estratégia empresarial que consiste:

[...] na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários. Envolve a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando mútua e complementariedade. O objetivo comum diz respeito à qualidade dos serviços para colocá-los no mercado. A complementariedade significa a ajuda do terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem condições ou não quer fazer.¹⁰

Valentin Carrion, ao examinar o fato diante da legislação trabalhista, apresenta conceituação em que consigna os elementos básicos da terceirização:

“ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta; transporte, limpeza, restaurante são exemplos típicos.”¹¹

Ressalta Maurício Godinho, que o termo terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente.¹²

Não se trata de terceiro, na acepção jurídica, como o estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela Administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando a enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Como decorrência do neologismo, foi criada para denominar o fenômeno terceirização, em alusão ao setor terciário da economia, composto por serviços em geral, onde se situam as empresas terceirizantes. Podemos definir o

¹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.23.

¹¹ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed., atual. São Paulo: Saraiva 2009.p.307.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.p.424

instituto como o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente.¹³

A Terceirização no entendimento de Rodrigo Carelli¹⁴ deve ser entendida da seguinte maneira:

“Terceirização deve ser entendida como “a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade.”

Outro conceito de terceirização, que dissocia do aspecto do direito, é o ensinado pelo administrador Zéu Palmeira Sobrinho, numa visão de estratégia empresarial e econômica, confira-se:

É estratégia empresarial, e sob o risco desta, a atribuição, parcial ou integral, da produção de uma mercadoria ou a realização de um serviço, objetivando isoladamente ou em conjunto a especialização, a diminuição de custos, a descentralização da produção ou a substituição temporária de trabalhadores.¹⁵

Frise-se que todas as definições, supramencionadas, apresentam similitudes, principalmente, no que tange à descentralização de determinadas atividades e ao afastamento da terceirização para a execução da atividade-fim da empresa.

Nesse contexto, é importante salientar como é possível caracterizar a terceirização, quais são os elementos identificadores desse processo e qual a sua finalidade.

¹³ SILVA, Cristiano Amorim Tavares da. **A disciplina jurídica da terceirização trabalhista. Sua aplicação no setor público e a distinção entre terceirização lícita e ilícita.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1647, 4 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10821>>. Acesso em: 24 set. 2011.

¹⁴ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização. Obra: Formas atípicas de trabalho.** LTR, SP, 2004, 1ª edição, págs. 43 a 53. Material da 3ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Tele Virtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.p.03.

¹⁵ SOBRINHO, Zéu Palmeira. **Terceirização e Reestruturação Produtiva.** São Paulo: LTr, 2008, p.78.

1.3. Características

A terceirização caracteriza-se como fato jurídico e, portanto, idôneo a produzir a criação, alteração e extinção de relações jurídicas. Enquadra-se entre os fatos jurídicos voluntários, visto que oriundos da manifestação volitiva dos interessados, formalizada normalmente por meio de contrato.¹⁶

O termo, genericamente, indica a transferência de certa atribuição a terceiros. Todavia, no âmbito empresarial e do trabalho significa o fato de a direção de uma empresa transferir a outra algumas atribuições de seu interesse direto. Quando a empresa se utiliza desse procedimento, diz-se que aproveitou do processo de terceirização. Essa seria a ideia central do processo de licitação.

Todavia, o problema que envolve a terceirização é no que tange à natureza das funções terceirizadas.

Muitas são as atribuições inerentes à determinada pessoa jurídica. Algumas delas, porém, integram seu núcleo fundamental, vale dizer, representam às atribuições básicas, assim consideradas aquelas para as quais a pessoa foi instituída, quais sejam: atividades-fim.

Por outro lado, outras atribuições, a despeito de serem importantes para a busca das metas alvitadas, não integram o núcleo fundamental da entidade. Sua característica é a de ser atividades-meio, ou seja, aquelas que traduzem os instrumentos de apoio necessários à consecução dos objetivos. Cuida-se de típicas atividades de apoio, sobre as quais a empresa vai consolidando as metas que estabeleceu.

De acordo com os estudiosos do fenômeno terceirização, essa só se poderia processar em relação às atividades-meio, pois essas atividades tem seu caráter de apoio às atividades-fim, para que essa seja o grande foco da pessoa jurídica.

A terceirização das atividades-fim, no entanto, retrata distorção do modelo. Na verdade, não parece lógico transferir a terceiros, tarefas que justificaram a própria criação do estabelecimento. Seria contraditório criar uma empresa cuja execução da

¹⁶ FORTINI, op.cit.,p.41.

atividade fim será exercida por terceiro. Se o próprio elemento (núcleo central da pessoa) desaparece, fica prejudicada a própria pessoa, despida de seu motivo criador.

Nesse diapasão, a terceirização tem como característica principal a sua execução exclusivamente nas atividades-meio da empresa tomadora dos serviços, pois sendo diversa a sua execução, essa se torna irregular.

Transpostas essas características iniciais, passa-se à abordagem das principais vantagens e desvantagens do processo de terceirização.

1.4. Vantagens e desvantagens da terceirização

Como em qualquer processo decisório e de planejamento, existem as vantagens e desvantagens do processo de terceirização.

Nesse sentido, a opção de terceirizar é uma decisão estratégica cujos aspectos de curto, médio e longo prazo, devem ser considerados cuidadosamente, sob o infortúnio de se incorrer em graves prejuízos.¹⁷

São várias as supostas vantagens apontadas pela doutrina com a terceirização. Gustavo Cauduro Hermes sintetiza os principais benefícios da seguinte forma:

Implantando a terceirização, as empresas centram seus esforços em suas atividades-fim, isto é, podem se dedicar mais ao negócio que realmente agrega valor, sobre o qual possuem mais especialidade e, por conseguinte, obtêm ganhos de competitividade no mercado, aumentando sua fatia de mercado e/ou sua lucratividade. [...] As atividades-meio passam a ser realizadas por uma empresa que realmente conhece o que faz, de sorte a entregarem as melhores soluções técnicas existentes para seus clientes tomadores. Com isso, certas atividades, antes inarredavelmente consideradas supérfluas, passam a ser vistas com a máxima prioridade por quem fora incumbida de desempenhá-las: as empresas prestadoras de serviços.¹⁸

Dessas considerações, extrai-se claramente a ideia de que a terceirização não se trata de mera transferência da gestão de recursos humanos à empresa terceirizada, visando simplesmente reduzir custos com pessoal, mantendo-se os mesmos vínculos

¹⁷ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010. –(Série IDP). p.20.

¹⁸ HERMES, Gustavo Cauduro. **A terceirização e os riscos jurídicos-trabalhistas dos contratos de prestação de serviços**. Justiça do trabalho, Rio de Janeiro, ano 18.n.216,dez.2001.p.27. Apud: LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Prefácio Jessé Torres Pereira Junior, Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.44.

que caracterizam a relação de emprego com os funcionários terceirizados, o que corresponde, na verdade, à atividade comumente denominada de locação de mão-de-obra.¹⁹

A terceirização, isso sim, pressupõe a prestação de serviços especializados por empresa alheia de forma autônoma, sem ingerência direta na administração das atividades ou sobre os profissionais nelas envolvidos.

Rodrigo Carelli enfatiza a necessidade de verdadeira especialização da empresa terceirizada na tarefa para a qual é contratada, afirmando categoricamente: “fora de cogitação a legalidade de uma empresa de terceirização [...] que terceiriza tudo, ou fornece todo o tipo de profissional. Ora, a empresa que terceiriza serviços de limpeza, portaria, manutenção, [...] nada mais é do que uma agência de colocação de pessoal[...].”²⁰

Ademais, infere-se também a impropriedade, pela regra tradicional, da terceirização da atividade-fim da empresa, intimamente ligada a seu objeto social, o mesmo podendo se dizer em relação às atividades-meio relacionadas diretamente à administração superior da empresa, cujo desenvolvimento se tornaria simplesmente inviável sem o controle direto e finalístico da respectiva diretoria.

O mestre Arnaldo Süssekind, corroborando esse entendimento, ensina que: “[...] a terceirização deveria restringir-se à contratação de empresas especializadas em segmentos da produção não correspondentes ao objetivo final da contratante ou para a execução de atividades-meio não fundamental ao funcionamento da empresa”.²¹

Outro aspecto a ser salientado é que a terceirização em atividades relacionadas à etapa final ou que a diferencie no mercado pode acarretar prejuízo na competitividade, tendo em vista que os concorrentes podem contratar com o mesmo fornecedor.

Destarte, por vezes, terceirizar pode significar a redução da diferenciação. Nas palavras de Sandro Cabral, em sua tese de mestrado acerca do assunto em comento, aduz que:

¹⁹ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Prefácio Jessé Torres Pereira Junior, Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.44.

²⁰ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra: manual contra a fraude**. São Paulo: LTr, 2002.p.41.

²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **A terceirização de serviços e as cooperativas de trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v.68, n.3, jul./dez.2002. p.16. Apud: LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Prefácio Jessé Torres Pereira Junior, Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.45.

"[...]Uma atividade integrada verticalmente aumenta barreiras à entrada na medida em que o conhecimento e a tecnologia desenvolvidos internamente não são compartilhados com fornecedores. Ao se terceirizar uma atividade de forma upstream, a empresa pode perder um pouco de sua habilidade de diferenciação, tendo em vista que os seus concorrentes poderão ter acesso às mesmas fontes de suprimentos, a menos que haja salvaguardas específicas para evitar tal tipo de conduta."²²

Em suma, entre os efeitos positivos, pode ser citada a postura da empresa quanto ao foco de seu desempenho: a concentração de esforços refluí diretamente sobre sua atividade principal. Outro efeito positivo consiste na maior celeridade decisória, eis que os representantes da empresa não desperdiçam seu tempo com atividades ancilares.²³ Ademais, a redução de custos, decorrente do enxugamento do quadro de empregados, já que estes pertencem ao quadro de pessoa terceirizada.

No que tange aos efeitos negativos, cite-se para exemplificar, a maior dificuldade de gerenciamento, e isso em virtude de ficarem algumas atividades a cargo do terceiro. A descoordenação pode ser outro efeito indesejável, tendo em vista que frequentemente desaparecem ou se reduzem os canais de comunicação entre o transferidor e o terceiro.²⁴ Mais grave, por fim, é a possível perda da qualidade dos serviços prestados e, conseqüentemente, o estreitamento da clientela.

Assim, a análise da terceirização deve ser pormenorizada em relação às vantagens ou desvantagens no setor no qual deve ser admitido o processo. Deve ser feita essa ponderação tanto no âmbito das contratações no setor privado quanto no setor público.

²² CABRAL. op. cit., p.19.

²³ FORTINI, Cristina (Org.). **Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p.43.

²⁴ FORTINI, op.cit. p.43.

2. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização ganhou ainda mais impulso na década 90, frente à intensa política interna de valorização da moeda nacional e da atuação reduzida do Estado na exploração de atividade econômica, o que repercutiu na valorização da iniciativa privada, desencadeando uma série de concessões públicas e de privatizações de empresas estatais (empresas públicas).²⁵

Na Administração Pública Federal (direta, autárquica e fundacional), também, não foi diferente.

Atualmente, praticamente todos os órgãos e entes da administração pública se utilizam de um ou alguns serviços terceirizados. Serviços, dentre os quais perpassam, muitas vezes, a atividade-meio da entidade beneficiada.

Nesse aspecto, alguns entendem ser inconstitucional o instituto da terceirização, quando adentra na atividade fim e viola o disposto no art. 37 da CF/88 que dispõe acerca da obrigatoriedade, em regra, do concurso público.

2.1. Organização da Administração Pública

O conhecimento da organização da Administração Pública é de grande importância para a identificação da terceirização no serviço público e para identificar em que parte estão situadas as empresas públicas e os empregados regidos pela legislação trabalhista, a fim de que se possa alcançar o escopo principal desse estudo.

A organização da administração pública pode ser entendida da seguinte maneira: a atividade administrativa pode ser centralizada e descentralizada. Será centralizada, quando prestada pelo centro da administração, ou seja, pelo núcleo, pela administração direta (entes políticos União, Estados, DF e Municípios). Será, por outro

²⁵ OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. **A terceirização na administração pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18933>>. Acesso em: 24 set. 2011.

lado, descentralizada, quando o Estado visualizando que para melhorar a prestação do serviço e dar eficiência, retira do centro alguns serviços e passa a dar a outras pessoas.

Quem pode receber esses serviços? Administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedade de economia mista). Poderão também receber serviços do Estado os particulares (concessionárias, permissionários, empresas de telefonia, transporte coletivo etc).

Toda vez que há descentralização deve se pressupor a existência de uma nova pessoa jurídica.

Feitas essas substanciais considerações, passa-se pormenorizar a relação existente entre servidor e empregado público no tópico a seguir.

2.2. Serviço Público: diferença entre servidor e empregado público

O fenômeno da terceirização envolve usualmente uma série de problemas relativos ao vínculo de trabalho (em sentido lato) entre o Estado e seu servidor. Todavia, os vínculos de trabalho no serviço público cingem-se aos regimes jurídicos que o regulam, de modo que há menor densidade no que toca à flexibilização existente no setor privado, calcada no contrato de trabalho.²⁶

O quadro básico dos agentes públicos no direito pátrio com uma ou outra visão dissonante no campo doutrinário constitui-se de três categorias: a dos agentes políticos, que mantêm com o Estado um vínculo tipicamente político e cujas funções têm previsão constitucional;²⁷ a dos agentes colaboradores, que, sem vínculo profissional típico, auxiliam o Poder Público no exercício de algumas funções específicas e relevantes; e a dos servidores públicos, que constituem a grande massa de trabalhadores do Estado e cujo vínculo é o que efetivamente se configura como de caráter profissional.²⁸

²⁶ FORTINI, op.cit. p.46.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.556.

²⁸ Idem. p.556.

O regime jurídico de cada uma dessas categorias tem delineamento próprio. No caso do regime jurídico dos servidores públicos, depende da categoria a que estes pertençam.

O regime estatutário é o que disciplina a categoria dos servidores estatutários. Semelhante regime é alinhavado no âmbito de cada ente federativo em virtude de sua autonomia administrativa, isso, é claro, sem considerar as normas constitucionais, que, por traduzirem princípios verdadeiramente extensíveis, incidem sobre todos os servidores, independentemente da pessoa cujo quadro se alojam seus cargos. As normas desse regime são alteráveis unilateralmente, mas, obviamente, resguardam-se os direitos legitimamente adquiridos.²⁹ O vínculo jurídico que relaciona o Estado a tais servidores não tem caráter contratual; trata-se de relação típica de direito público, não constituída por meio da negociação bilateral própria dos contratos.

O regime trabalhista é o adotado para a relação jurídica firmada entre o Estado e os servidores trabalhistas. Tais servidores exercem emprego público, mas não ocupam cargos públicos, visto que estes são privativos dos servidores estatutários. Vigora para ele o princípio da unicidade normativa, aplicando-se a Consolidação das Leis do Trabalho em todos os contratos seja qual for a entidade federativa contratante.³⁰

A despeito dessa disciplina uniforme, não custa lembrar que, por serem servidores públicos, a relação jurídica que os vincula ao Estado sofre a incidência também de algumas normas constitucionais. De qualquer modo, o regime contratual constitui, na visão de alguns estudiosos, importante alternativa de recrutamento de pessoal, independentemente da existência de carreiras de servidores estatutários.³¹

Ocorre que recrutamentos ilegais, ausência de concurso público, favorecimentos imorais, irresponsabilidade de governantes, ausência de controle de pessoal, falta de auditorias: tudo isso gera vínculos funcionais de inteira dissonância relativamente aos princípios constitucionais da Administração Pública. E não é raro que o judiciário encontre dificuldades para dirimir conflitos de que participam servidores

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.479.

³⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

³¹ Idem.

com vínculos esdrúxulos; naturalmente tal fato propicia soluções usualmente inadequadas às normas de regência.³²

Semelhantes mazelas conduzem à ocorrência de situações bem ligadas à terceirização, como adiante comentaremos. Mas já aqui é importante consignar: na terceirização inexistente qualquer vínculo funcional entre o prestador do serviço e o Estado.³³

Em síntese, portanto, a diferença primordial entre o servidor público e o empregado público é que este último necessariamente será regido pela legislação trabalhista comum, que no caso é a Consolidação das Leis do Trabalho, enquanto que aquele é regido por estatuto ou dispositivo diverso.

Ademais, empregados públicos podem ser contratados por empresas públicas ou sociedades de economia mista, por meio de concurso público, mas não possuem a estabilidade (Súmula 390, item II do TST), nem ocupam cargo como o servidor, em especial aquele regido pela Lei nº 8.112/90.

Todavia, mesmo quando se adota o regime celetista não se pode falar em precariedade do vínculo, tendo em vista que a dispensa só pode ser admitida quando norteada pelos princípios que guia a atividade administrativa.³⁴

Os empregados públicos exercem o *munus publico* e por isso são a estes aplicados as regras decorrentes do procedimento administrativo e no que lhes caiba o art. 37 e seguintes da Constituição da República.

2.3. As peculiaridades da terceirização no serviço público

O fenômeno terceirização, como já mencionado no primeiro capítulo desse estudo, teve sua origem na iniciativa privada, com repercussões diretas no direito do trabalho.

Destarte, decorrido o período de intervencionismo estatal, em que a execução de uma gama imensa de serviços era assumida diretamente pelo Estado, prevalece a

³² FORTINI. op.cit.p.48.

³³ Idem.

³⁴ Idem. p. 28.

ideia neoliberal de restringir a atuação do Estado às atividades mínimas a ele inerentes, de forma que, concentrando seus esforços naquelas tarefas que realmente são indispensáveis e deixando a atividade econômica e industrial predominantemente, com a iniciativa privada no sentido de prestar melhores serviços à população em prol do interesse público.³⁵

Deste modo, o processo de terceirização, amoldou-se, perfeitamente, a essa nova realidade. Assim, vem sendo empregada essa modalidade de contratação de pessoal na administração pública mesmo antes da edição do Decreto-Lei nº 200/67, embora com muito menor intensidade e sem utilizar-se essa denominação específica.

Esse decreto em sua redação do art. 10,§7º, aduz o que se segue:

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

§ 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.** (Grifou-se).³⁶

O Decreto Federal nº 2.271/97, também exemplificou as atividades que são passives de terceirização pela Administração Pública, confira-se:

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.³⁷ (Grifou-se)

³⁵ LIMA, op.cit., p.61.

³⁶ O art.10 em seu § 7º, do Decreto - Lei nº 200/67 já fixava que as atividades-meio deveriam, sempre que possível, ser terceirizadas. Ademais, a possibilidade de terceirização pela Administração Pública também foi prevista pelo Decreto-Lei nº 2.300 e encontra amparo na Lei nº 8.666/93 (artigos 2º; 6º, II; 10; 13; 71).

³⁷ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.271 de 07 de julho de 1997, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2011.

Não obstante, alguns considerarem a terceirização como sendo um procedimento não amparado pela Constituição,³⁸ ao ser aplicado no âmbito da administração pública, essa vem sendo largamente utilizada e corriqueiramente de forma irregular.

2.4. O procedimento licitatório

Existe a indagação de como se dá o processo de contratação de empresas terceirizadas, como essas empresas adentram no sistema da administração pública. A resposta que se tem é: licitação.

Segundo o conceito de José dos Santos Carvalho Filho, a licitação pode ser definida como:

[...] um procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados com dois objetivos: a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.³⁹

A terceirização, por sua vez, não pode ter implementação no âmbito da administração pública sem que haja um processo licitatório, sob pena de serem violados diversos princípios que regem a atuação do administrador público. Dessa forma, a seguir serão explicitados os mais importantes princípios com suas respectivas finalidades.

2.5. Princípios relacionados

São diversos os princípios apontados pela doutrina como informadores do processo licitatório. Contudo, serão explicitados, nessa meditação, apenas os

³⁸ O Ministro do STF, Ayres Brito, por exemplo, aduz em seu voto na ADC 16, que a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.

³⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 226.

princípios dispostos pela Carta Magna e outros mais importantes elencados pelas leis que regulam a licitação o processo administrativo, quais sejam: Lei nº 8.666/93 e Lei nº 9.784/99.

2.5.1. Legalidade

O princípio da legalidade disposto no art. 37 da Constituição da República é o princípio basilar de toda a atividade administrativa.

No direito privado, a legalidade significa que o particular pode tudo, salvo o que estiver vedado em lei. A doutrina chama de critério de não contradição à lei.

Por outro lado, no que tange ao direito público, legalidade, significa dizer que o administrador só pode fazer o que está previsto em lei. O administrador está subordinado à lei. A doutrina chama esse critério de subordinação à lei, ou seja, o administrador está adstrito em sua atuação aos ditames permissivos legais.

No campo das licitações, esse princípio pressupõe que o administrador deve se submeter às regras do procedimento que a lei traçou.⁴⁰

2.5.2. Impessoalidade

O administrador público não pode buscar interesses pessoais. Tem que agir com ausência de subjetividade.

Traduz a ideia de que a administração tem que tratar a todos sem discriminações benéficas ou detrimenrosas, nem favoritismo nem perseguições. Não são toleráveis na administração pública: simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas.

Ademais, não pode interferir na atividade administrativa, a contratação de uma empresa terceirizada ligada a um parlamentar, por exemplo, ou ainda uma contratação sem o processo licitatório quando este é necessário.

A administração deve, portanto, dispensar o mesmo tratamento a todos os interessados que estejam na mesma situação jurídica.⁴¹

⁴⁰ CARVALHO FILHO, op.cit.p.233.

2.5.3. Moralidade

Esse princípio exige da administração não apenas comportamento lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade.⁴²

Exige que o administrador se paute por conceitos éticos, pois o administrador não pode se isentar da honestidade administrativa, não pode macular a imagem da administração com condutas que mitiguem a dignidade do serviço público.

2.5.4. Publicidade

Esse princípio requer que seja dada ampla divulgação dos atos e procedimentos licitatórios aos interessados e à sociedade em geral, de modo a permitir a fiscalização pelos cidadãos da aplicação de recursos públicos.

A doutrina entende que há uma relação lógica entre esse princípio e o processo licitatório, tendo em vista que quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta.⁴³

2.5.5. Eficiência

O princípio da eficiência inserido no texto constitucional EC 19/98, traduz a ideia de boa administração.

São finalidades básicas desse princípio: ausência de desperdícios; produtividade; economia: gastar o menos possível; e presteza.

Nas ilustres lições de Hely Lopes Meirelles, eficiência seria o dever do administrador público de:

⁴¹ CARVALHO FILHO, op. cit. p.234

⁴² Ibidem.

⁴³ CARVALHO FILHO, op. cit. p.234.

[...]Realizar suas atribuições com presteza, perfeição rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades das comunidades e de seus membros.⁴⁴

A eficiência, portanto, é utilizar os recursos escassos disponíveis da melhor forma a fim de atender o interesse público.

Com efeito, a eficiência fixada na Constituição da República não é alcançada quando se verifica a mutação desenfreada de pessoas na realização da atividade principal do Estado em detrimento de concurso público e do vínculo permanente. A terceirização, nesse aspecto pode ser bastante nociva.

2.5.6. Outros Princípios

É possível citar, por fim, outros princípios, igualmente, importantes e norteadores da atuação da administração pública consagrados na Lei 8.666/93 e na Lei 9.784, quais sejam: princípio da vinculação ao instrumento convocatório; do julgamento objetivo; princípio da finalidade e motivação; razoabilidade e proporcionalidade; indisponibilidade do interesse público; e supremacia do interesse público.

Todos esses princípios são fundamentais para a atuação do administrador público e deverão ser observados para a efetivação do processo de terceirização na administração pública.

2.6. Responsabilidade do Estado

O fenômeno da terceirização, com o passar dos anos, estreitou uma relação com o Estado. Aliás, tornou-se necessária, em alguns casos, tendo em vista que o poder público deve se pautar no interesse público. Assim, as funções que não são típicas do Estado como serviços gerais e de conservação não devem ser

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 90-91.

obrigatoriamente ocupadas por servidores concursados. A terceirização passou a ser uma prática comum no âmbito do Estado.

O problema originado, todavia, foi o excesso de terceirização que, por vezes, passou a ser criticada por apresentar-se como um subterfúgio para a contratação desmesurada e sem a elaboração de concurso público, inclusive, das atividades finalísticas do Estado.

Nesse contexto, surge a indagação sobre a possível responsabilidade do Estado, tendo em vista que este figura na relação triangular da terceirização, qual seja: Estado (tomador), empresa (prestador) e trabalhador (subordinado estrutural).

Não é novidade que o trabalhador da relação triangular enfrentou alguns problemas, a exemplo da inadimplência das obrigações trabalhistas, resultando em conflitos, que, uma vez judicializados, teve a justiça trabalhista que elaborar construções interpretativas diversas quanto à responsabilização da Administração Pública.⁴⁵

Há casos, inclusive, de trabalhos degradantes e desumanos. A exemplo, existem empresas tomadoras de serviço que retiram do empregado terceirizado o direito a percepção de salário que é de caráter alimentar, prejudicando diretamente a dignidade do obreiro, pois sequer pagam as verbas rescisórias.

O trabalhador terceirizado não poderia ser o maior prejudicado nessa relação. Então a justiça trabalhista intentou por meio da inteligência sumulada no verbete 331 do Tribunal Superior do Trabalho, com base no princípio trabalhista da proteção do trabalhador, amparar aquele terceirizado que tinha seu direito violado.

Entre as dominantes, polarizou-se num extremo a teoria do risco, com responsabilidade objetiva da Administração (art. 37, § 6º, da CRFB), e, do outro, a irresponsabilidade do Estado, frente ao contido no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93).⁴⁶

Levada a matéria à instância superior, responsabilizou-se, portanto, subsidiariamente os órgãos da administração direta e indireta, "desde que hajam participado da relação processual e conste também do título executivo judicial", consolidado no item IV do verbete nº 331 da súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

⁴⁵ OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. **A terceirização na administração pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18933>>. Acesso em: 24 set. 2011.

⁴⁶ OLIVEIRA, op. cit.

Contudo, em maio de 2011, essa posição teve que ser modificada, tendo em vista o julgamento da ADC 16 pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse julgamento foi declarada a constitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 71 da Lei 8.666/93.

Desse modo a responsabilidade do Estado em relação ao empregado terceirizado passou a ser mitigada.

2.7. Nova redação da Súmula 331 do TST

A antiga redação da item IV da Súmula nº 331 do TST, aduzia o que segue:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Todavia, o advento do aludido item IV do enunciado nº 331 do TST gerou manifesta irresignação do Poder Público, eis que, de uma forma ou de outra, acabou por negar vigência ao parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos ou, implicitamente, declarou-lhe inconstitucional.⁴⁷

O governador do Distrito Federal ajuizou ação declaratória de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 (ADC 16) em virtude do Enunciado 331 do TST, que responsabiliza subsidiariamente o tomador de serviços nas terceirizações realizadas pela Administração Pública.

Confira o resultado da decisão na ADC disposta no informativo de nº 608 do Supremo Tribunal Federal:

O Plenário retomou julgamento de dois agravos regimentais interpostos contra decisões que negaram seguimento a reclamações, ajuizadas contra acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho - TST, nas quais se aponta ofensa à Súmula Vinculante 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.”]. **Sustenta-se que o Tribunal a quo, ao invocar o Enunciado 331, IV, do TST, teria afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem a devida pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos**

⁴⁷ OLIVEIRA, op. cit.

membros da Corte [“TST Enunciado nº 331... 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).”] — v. Informativos 563 e 585. A Min. Ellen Gracie, em voto-vista, abriu divergência, deu provimento aos recursos e julgou procedentes as reclamações para determinar o retorno dos autos ao TST, a fim de que proceda a novo julgamento, nos termos do art. 97 da CF, manifestando-se, incidentalmente, quanto à eventual inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. (Rcl 7517 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 11.11.2010. (Rcl-7517) Rcl 8150 AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, 11.11.2010.(Rcl-8150) Reclamação: inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e ofensa à Súmula Vinculante 10).[...].

Salientou não ter havido no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência que dera origem ao Enunciado 331, IV, do TST a declaração da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, mas apenas a atribuição de certa interpretação ao citado dispositivo legal. Explicou que o Plenário do TST, ao julgar um incidente de uniformização, visa dirimir uma divergência jurisprudencial existente entre seus órgãos fracionários ou consolidar o entendimento por eles adotado, e não declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, finalidade esta de uma argüição de inconstitucionalidade, conforme disposto nos artigos 244 a 249 do Regimento Interno daquela Corte. Asseverou ser necessário, para que a cláusula da reserva de plenário seja devidamente observada, a reunião dos membros do tribunal com a finalidade específica de julgar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, decisão que, por sua gravidade, não poderia ocorrer em um mero incidente de uniformização de jurisprudência. Ressaltou que, no caso, nem mesmo ter-se-ia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Observou que as disposições constantes do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e do inciso IV do Verbete 331 do TST seriam diametralmente opostas e que o TST aplicara sua interpretação consagrada neste enunciado, o que esvaziara, desse modo, a força normativa daquele dispositivo legal. **Concluiu que o TST, ao entender que a decisão recorrida estaria em consonância com a Súmula 331 do TST, negara implicitamente vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem que seu Plenário houvesse declarado a sua inconstitucionalidade.** Após o voto do Min. Marco Aurélio, que acompanhava a divergência, pediu vista dos autos o Min. Dias Toffoli. Rcl 7517 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 11.11.2010. (Rcl-7517). Rcl 8150 AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, 11.11.2010.(Rcl-8150)⁴⁸

Confira o resultado da decisão na ADC disposta no informativo de nº 610 do Supremo Tribunal Federal:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados

⁴⁸ Decisão da ADC de nº 16, constante no informativo de nº 608 do STF disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo608.htm#Reclamação:inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e ofensa à Súmula Vinculante 10 - 3](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo608.htm#Reclamação:inconstitucionalidade%20do%20art.%2071,%20%241%20da%20Lei%208.666/93%20e%20ofensa%20%24a%20S%24mula%20Vinculante%2010%20-%203)>. Acesso em: 26 de setembro de 2011.

tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal. ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16).⁴⁹

Vê-se que, por maioria de votos, julgou-se procedente o pedido formulado na ação promovida pelo Governador do Distrito Federal para declarar constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, manifestando-se entendimento no sentido de que "a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos", o que permite traduzir uma potencial quebra de ilações fundadas nas modalidades de responsabilidade objetiva.⁵⁰

Com a revisão da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, impulsionada pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, na Sessão Plenária de 24/11/2010, que declarou por maioria a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, a Corte trabalhista alterou a redação do item IV da aludida súmula, *verbis*:

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.

Mas nessa oportunidade, o TST acrescentou à Súmula 331 os itens V e VI:

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93,

⁴⁹ Decisão da ADC de nº 16, constante no informativo de nº 610 do STF disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC> e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4>. Acesso em: 26 de setembro de 2011.

⁵⁰ SANTOS, Daniel Guarnetti dos. **Revisão da Súmula 331 do TST: inconstitucionalidade do item VI?** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19620>>. Acesso em: 24 set. 2011.

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.

Nesse aspecto, com base na decisão do STF na ADC nº 16, tornou-se superada e inconstitucional a redação antiga do item IV da Súmula 331. O TST, por sua vez, revisou a súmula em questão e deu nova redação, adequando-a ao entendimento do STF.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade do Estado deixou de ser irrestrita, tendo em vista que não basta o simples inadimplemento da empresa prestadora de serviços, mas também é necessário que haja a configuração da culpa do Estado na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais por parte da prestadora.

3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O NOVO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL

A terceirização na administração pública terá como enfoque o novo conceito de subordinação: a subordinação estrutural. Serão apresentadas as vantagens e desvantagens dessa subordinação, bem como sua relação entre o processo de terceirização. Explicitar-se-á, a questão do reconhecimento do vínculo que deve ser afastada em relação ao trabalhador autônomo e por fim serão feitas ponderações importantes no que tange as ressalvas desse conceito e a sua aplicação de forma restrita para justificar a impossibilidade de terceirizar atividade-fim das tomadoras de serviços terceirizados.

3.1. Conceito de subordinação estrutural

É necessário antes de fazer uma imersão do leitor ao conceito de subordinação estrutural, conceituar, também, a subordinação jurídica para somente depois abordar o tema cerne desse estudo. Nesse sentido, inicia-se com o conceito doutrinário do tema mais amplo.

O celebrado Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, propõe uma nova e interessante abordagem teórica do conceito de subordinação jurídica, indispensável à configuração da relação de emprego e, pois, de fundamental interesse para o Direito do Trabalho.

Destarte, confirmam-se referências teóricas segundo ensinamentos de Maurício Godinho Delgado⁵¹, a subordinação jurídica, denomina-se:

“A subordinação jurídica pode ser descrita como a situação em que o empregado tem limitada a sua autonomia de vontade por força do contrato de emprego, transferindo ao empregador o poder de direção sobre a atividade a desempenhar.”

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 302.

A subordinação jurídica é uma forma de alienação do empregado que é nociva quando aplicada em massa a um processo de terceirização, tendo em vista que a subordinação, a rigor, não pode ser vista como elemento essencial da relação de emprego e sim como consequência dela.

Com relação à subordinação estrutural, todavia, o Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, conceitua como sendo benéfica ao empregado, confira-se:

É a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. [...] **subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores - em especial a terceirização.**⁵² (Grifou-se).

A subordinação estrutural é diferente da subordinação jurídica, tendo em vista que naquela basta que o empregado esteja inserido na estrutura da empresa para que seja considerado empregado. A subordinação deveria ser apenas uma consequência e não um elemento necessário da relação de emprego, enquanto que a subordinação jurídica, comumente, é a causa da relação de emprego.

Essa nova subordinação estrutural surge para abarcar o processo de contratação em massa como é o caso da terceirização de serviços. É uma consequência da evolução dos fatores de produção, da necessidade da economia e do mundo globalizado.

Nos dizeres do magistrado Marcus Menezes, “na produção contemporânea, a empresa-rede, por diversos instrumentos jurídicos e políticos, coordena, precifica e controla a produção, mas deixa de fora da proteção da CLT os trabalhadores ditos autônomo-dependentes.”⁵³

Aduz que a subordinação neste contexto subsiste, ainda que difusa, latente e diferida, justificando, dessa forma, a extensão a eles dos direitos celetistas. O

⁵² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 302.

⁵³ MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Subordinação estrutural-reticular. Uma perspectiva sobre a segurança jurídica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2005, 27 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12126>>. Acesso em: 3 out. 2011.

trabalhador supostamente autônomo, mas habitualmente inserido na atividade produtiva alheia, a despeito de ter controle relativo sobre o próprio trabalho, não detém nenhum controle sobre a atividade econômica.⁵⁴

Exemplo disso, a hipótese do motorista agregado, que é proprietário do caminhão em que trabalha (meio de produção) e ainda que tenha liberdade relativa sobre a execução do trabalho, nada delibera sobre os dois fatores determinantes da legítima autonomia, como, para quem e quando será prestado o serviço.⁵⁵

O autor aduz ainda em conclusão que a lei 11.442/2007 regulou o problema com menos eficácia do que nos permite a atividade hermenêutica a partir dos elementos já existentes no sistema jurídico. Confira-se:

Trata-se, pois, do reconhecimento do conceito de subordinação estrutural e reticular, pois se a prestação desse trabalho ingressa na empresa através de um contrato de prestação de trabalho autônomo, mas adere às atividades da empresa ou de uma das unidades da rede empresarial, a disposição do trabalho subsiste pelo tomador ou tomadores, já que a impessoalidade da disposição do trabalho não afasta a circunstância de ter sido contratado para desenvolver atividade e não resultado.⁵⁶

Discorda-se, contudo, que a subordinação estrutural deva ser aplicada aos trabalhadores autônomos, tendo em vista que pela própria natureza do trabalho inexistente a figura da subordinação, como elementos da relação de emprego. Nesse caso, a característica marcante do trabalhador autônomo é a ausência de subordinação.

Mesmo que mais dinâmica, não se vislumbra esse tipo de subordinação como ideal para alcançar os trabalhadores autônomos.

Esse novo conceito de subordinação, a subordinação estrutural, tem como foco, portanto, tratar o trabalhador terceirizado, de acordo com a dinâmica e estrutura de seu trabalho. Tem, também, a finalidade de normatizar a situação peculiar da terceirização no âmbito da legislação trabalhista. Dessa forma, o conceito se torna benéfico ao trabalhador inserido na terceirização que é objeto desse estudo.

⁵⁴ MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Subordinação estrutural-reticular. Uma perspectiva sobre a segurança jurídica.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2005, 27 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12126>>. Acesso em: 3 out. 2011.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

3.2. Justificativas nas relações de trabalho

Outrossim, corrobora a defesa desse tema o interessante artigo jurídico de Rapassi⁵⁷, aduzindo o que se segue:

“o tornar dispensável o caráter direto da ordem do empregador, que passa a ser visto como comandante da produção como um todo e contratualmente vinculado a todos aqueles estruturalmente subordinados, transbordando a pessoa jurídica formal, afasta-se do entendimento até então pacificado na jurisprudência acerca da terceirização lícita, consubstanciado na Súmula nº 331, III, do TST, segundo o qual não se forma vínculo de emprego direto com o tomador de serviços em atividade-meio nem em caso de trabalho temporário (hipótese de intermediação de mão-de-obra em atividade-fim – Lei nº 6.019/74 e Súmula nº 331, I, do TST).”

No que tange à Administração Pública, a terceirização nos dizeres de Jorge Luiz Souto Maior⁵⁸, seria desnecessária, confira-se:

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

A aplicação da subordinação estrutural deve ser vista com ressalvas, tendo em vista que não se pode ampliar de maneira genérica o reconhecimento do vínculo laboral.

A vantagem maior do reconhecimento da subordinação estrutural é rechaçar condutas irregulares de tomadores de serviços terceirizados. Nesse sentido, o trabalhador terceirizado não ficará desamparado e não se resumirá a objeto do direito laboral e sim um sujeito deste.

⁵⁷ RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Subordinação estrutural, terceirização e responsabilidade no Direito do Trabalho**. Artigo disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080403121848604&mode=print, acesso em 19 abr. 2011.

⁵⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Terceirização na Administração Pública — Uma Prática Inconstitucional**. (LTR 70-11/1307 – Ano 2006). Material da 3ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.p.08.

3.3. Ponderações Importantes

A febre da terceirização precisa ser controlada, já que seu emprego não pode se operar indistintamente. Alguns administradores públicos, seduzidos pela agilidade e pela informalidade do setor privado, têm se valido da terceirização em descompasso com o ordenamento jurídico.

A validade da terceirização contratada pela administração pública condiciona-se, sobretudo, à apuração da essência da missão repassada aos empregados da empresa contratada. Tratando-se de atividade-fim, a terceirização deve ser compreendida como inaceitável. Contudo, a realidade se mostra diversa.

A dificuldade está em que a terceirização, por mais racionalidade econômica que possa implementar, admitindo-se o argumento como verdadeiro, não traduz alternativa ao provimento dos cargos efetivos e empregos públicos, via concurso público.

Corroborando essa afirmação, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em julgado recente, negou provimento a agravo de instrumento interposto por Furnas Centrais Elétricas S. A. contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP) que determinou a contratação de um candidato aprovado em concurso público para exercer na empresa a mesma função que já exerce na condição de terceirizado, colaciona-se acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. CARGO OCUPADO PELO IMPETRANTE NA CONDIÇÃO DE TERCEIRIZADO. DIREITO À NOMEAÇÃO.

1. Trata-se de hipótese em que restou incontroverso que o impetrante do mandado de segurança foi aprovado em concurso público, nos moldes preconizados pelo art. 37, II, da Lei Maior.

2. **A Corte Regional concluiu que não há falar em cadastro reserva, quando o ente público mantém em seu quadro, no prazo de validade do concurso, terceirizados no lugar de concursados, enfatizando que a vaga a ser preenchida pelo impetrante estava sendo ocupada, de forma terceirizada, por ele mesmo. Aferiu, então, que o direito à nomeação era incontestado, no caso de preterição, fundamentando-se na Súmula nº 15 do STF.**

3. **Nesse contexto, a decisão que assegura o direito à nomeação não viola o art. 37, -caput-, da Constituição Federal, por ser proferida em observância aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência e**

da isonomia. A transcrição de aresto oriundo de Tribunal de Justiça resulta inservível ao cotejo de teses, por restar em desacordo com o art. 896, a, da CLT. Decisão agravada que se mantém. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Ministro Relator Walmir Oliveira da Costa, PROCESSO Nº TST-AIRR-48340-29.2006.5.02.0019).⁵⁹ (Grifou-se).

Ressalto que, a empresa, supramencionada, mantinha em seu quadro, conforme o próprio Ministério público constatou milhares de trabalhadores terceirizados de forma irregular. Confira-se:

[...] a ré mantém em sua estrutura, sem prévia aprovação em concurso público, 2.133 trabalhadores atuando no âmbito de sua atividade-fim, cujo início da prestação de serviços se deu após a Constituição de 1988. (Proc. TRT/10ª Região nº 00182-2006-008-10-00.9).⁶⁰ (Grifou-se).

A Corte Regional concluiu que não há falar em cadastro reserva, quando o ente público mantém em seu quadro, no prazo de validade do concurso, terceirizados no lugar de concursados. Registrou o entendimento de que, em face da aprovação no concurso a que se submeteu, e ante a existência efetiva de vagas, ocupadas irregularmente por terceirizados, o impetrante possuía direito subjetivo a ser contratado para ocupar o cargo para o qual foi aprovado.

Inclusive, pasme, a corte Regional enfatizou que a vaga a ser preenchida pelo reclamante está sendo ocupada, de forma terceirizada, por ele mesmo.

Ademais, o caput do referido art. 37 da Lei Maior impõe à Administração Pública, direta e indireta, o dever de observar, dentre outros, os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, que incidem como diretrizes a nortear o ingresso nos quadros da Administração, sem embargo da necessidade de observância ao princípio de isonomia, que se consubstancia, na hipótese, na igualdade de acesso aos cargos e empregos públicos.

Nesse aspecto, demonstra-se o nítido desvio de finalidade da terceirização maculando diversos princípios constitucionais.

⁵⁹ Decisão da Primeira turma, Acórdão proferido no processo de nº TST-AIRR-48340-29.2006.5.02.0019, relator Ministro Walmir Oliveira da Costa. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIIR%20-%2048340-29.2006.5.02.0019&base=acordao&numProclnt=511632&anoProclnt=2008&dataPublicacao=23/09/2011%2007:00:00&query=>>>, acesso em: 26 de setembro de 2011.

⁶⁰ Informação disposta no Proc. TRT/10ª Região nº 00182-2006-008-10-00.9, decisão disponível em <www.trt10.jus.br>, acesso em 26 de setembro de 2011.

A ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade basta para que a invalidade esteja configurada.

Outrossim, a preocupação com a terceirização é tão acentuada que o próprio Tribunal Superior do Trabalho decidiu marcar uma audiência pública⁶¹ para tratar a respeito do assunto, confira o teor da reportagem a respeito da problemática, em especial no que tange aos aspectos contrários à terceirização:

[...] Para o chefe da Coordenadoria Nacional de Combate a Fraudes nas Relações de Trabalho, do Ministério Público do Trabalho, José de Lima Ramos Pereira, a precarização do trabalho se assenta em outros motivos. Para ele, a busca incessante pelo aumento dos lucros é o principal motivo que levam os empresários do setor a remunerar mal os funcionários. "Em prol do lucro não se compromete apenas a remuneração, mas também a qualificação e os encargos trabalhistas", afirmou o coordenador. O presidente da Associação Nacional da Justiça do Trabalho (Anamatra), Renato Henry Sant'Anna, repudia os argumentos apresentados pelo presidente da Cebrasse em defesa das prestadoras de serviços que, segundo ele, adotam a filosofia de "antes um mau trabalho do que nada". O presidente ressalta que no Brasil os salários e os custos para manter um funcionário ainda são relativamente baixos, portanto, não há justificativa para se praticar remuneração menor do que aquela paga pelo mercado. Além disso, afirma que a legislação brasileira define alguns direitos como básicos, não devendo estes serem suprimidos de nenhum trabalhador, independente da área que atue. "A terceirização é contrária a valorização do trabalhador", disse Sant'Anna que finaliza: "Defendemos o fim da terceirização." ⁶² (Grifou-se).

Contudo, há diversos argumentos favoráveis à terceirização, dentre eles o das próprias terceirizadas que defendem a atuação nas atividades-fim. Confira parte da argumentação trazida por seus defensores:

[...] A associação rebate as denúncias de precarização das relações de trabalho, defende atuação também nas atividades fim e afirma que o Judiciário tende a julgar contra as empresas terceirizadas por puro preconceito. O diretor jurídico da Cebrasse, Percival Maricato, afirma que muito se critica as empresas prestadoras de serviços em virtude do alto número de processos na Justiça do Trabalho, mas que este fenômeno se dá, em grande parte, por culpa do governo. [...] diz Maricato. Maricato ainda ressalta, que as empresas sérias que prestam serviços caracterizados por serem de mão de obra pouco qualificada, como as de vigilância, limpeza, entregas de contas e similares, empregam com registro em carteira trabalhadores humildes. "Muitas vezes, estes empregados são jovens que estão na sua primeira experiência no mercado, retirado da economia informal ou da humilhação do desemprego", finalizou o diretor. (omissis)

⁶¹ Percival Maricato e Renato Henry Sant'Anna participarão da audiência pública que ocorrerá nos dias 4 e 5 de outubro, no Plenário do edifício sede do TST. Ao todo serão 49 participantes e cada um terá 15 minutos para sua intervenção, e deverá limitar-se estritamente ao tema ou questão em debate. Só o presidente do TST poderá fazer apartes. A audiência será transmitida pela internet. A abertura será transmitida ao vivo pela TV Justiça.

⁶² Entrevista disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-24/representantes-terceirizadas-defendem-atuacao-atividade-fim>>, acesso em: 26 de setembro de 2011.

Outro ponto a ser defendido na audiência pelos representantes das empresas terceirizadas é a possibilidade de atuação na atividade-fim, o que hoje é vedado pela Súmula 331 do TST. Maricato argumenta que hoje, o que as empresas buscam é aumentar a produção, com mais qualidade e menor preço, o que permitiria a geração de empregos, tributos, competitividade e sucesso no comércio exterior. A questão da permissão para atuar no ramo da atividade-fim pode ter uma solução após o Congresso Nacional votar os projetos de lei que tratam sobre o tema. Entre eles, o PL 4.330/2004, do deputado Sandro Mabel (PL-GO) permite a terceirização de todas as atividades da empresa, além da possibilidade de quarteirização. Em sentido contrário, também tramita o PL 1.621/2007 do deputado Vicentinho do PT. As audiências do TST devem contribuir, inclusive, para o posterior debate sobre os PLs na casa legislativa.

Em relação ao Judiciário, Maricato considera tormentosa a questão de alguns juízes considerarem que o trabalhador terceirizado deve ter a mesma remuneração que a recebida pelo funcionário da tomadora que exerce função igual à sua. Segundo ele, isso causa um nó indesejável. Exemplifica que, por exemplo, se um trabalhador atuasse por alguns meses na tomadora e tivesse a remuneração aumentada, quando voltasse à prestadora ou fosse enviado à outra tomadora que pagasse menos a seus colaboradores, essas empresas não poderiam reduzir-lhe a remuneração. [...] ⁶³ (Grifou-se).

No cenário da terceirização, encontra-se o novo conceito de subordinação estrutural que é favorável aos direitos do trabalhador. Esse conceito de subordinação deve ser utilizado para justificar, principalmente, a impossibilidade de terceirizar atividades- fim, em especial no âmbito da administração pública.

Já o conceito de subordinação jurídica mitiga o direito do trabalhador terceirizado, pois esse não poderia ser inserido num contexto amplo de proteção dada pelas normas trabalhistas.

A solução, portanto, que se propõe para os excessos: é a maior fiscalização por parte do Estado em relação ao processo de terceirização, para que não haja desvio de finalidade nas contratações de mão de obra precária.

⁶³ Entrevista disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-24/representantes-terceirizadas-defendem-atuacao-atividade-fim>>, acesso em: 26 de setembro de 2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Praticamente todos os órgãos e entes da administração pública utilizam-se de um ou alguns serviços terceirizados. Serviços, dentre os quais perpassam, muitas vezes, a atividade-meio da entidade beneficiada.

Nesse aspecto, alguns entendem ser inconstitucional o instituto da terceirização, quando adentra na atividade fim e viola o disposto no art. 37 da CF/88 que dispõe acerca da obrigatoriedade, em regra, do concurso público.

Todavia, a administração pública, no Brasil, tem precarizado incontáveis relações de emprego não precedidas de aprovação em concurso público, pela prática de terceirização irregular, de maneira corriqueira e impune. A terceirização desordenada passa a ser um alibi para burlar a legislação laboral.

Não obstante, varias decisões judiciais reconhecerem vínculos de terceirizados como sendo empregado; na administração pública a questão se torna mais complexa. Nas empresas públicas, em especial, viu-se que o ingresso nos quadros permanentes se dá por meio de concurso público. Contudo, o trabalhador com vínculo precário não poderá ser prejudicado com a terceirização irregular feita pela administração pública. É o que a justiça do trabalho vem entendendo.

O desafio a ser enfrentado é o combate a formas irregulares de terceirização. Ademais, para a implementação do processo de terceirização, é necessário que se faça uma análise pormenorizada em relação às vantagens ou desvantagens no setor no qual deve ser admitido o processo. Deve ser feita essa ponderação tanto no âmbito das contratações no setor privado quanto no setor público.

Não obstante, alguns considerarem a terceirização como sendo um procedimento não amparado pela constituição, ao ser aplicado no âmbito da administração pública, essa vem sendo largamente utilizada e corriqueiramente de forma irregular.

A terceirização, por sua vez, não pode ser inserida no âmbito da administração pública sem que haja um processo licitatório, sob pena de serem violados diversos princípios que regem a atuação do administrador público.

A responsabilidade do Estado em relação ao empregado terceirizado passou a ser mitigada com o julgamento da ADC 16. Contudo, a justiça do trabalho não tem deixado que o trabalhador seja o único prejudicado nessa grande celeuma de contratos de terceirizados executando atividades- fim de forma irregular.

A vantagem maior do reconhecimento da subordinação estrutural é rechaçar condutas irregulares de tomadores de serviços terceirizados. Nesse sentido, o trabalhador terceirizado não ficará desamparado e não se resumirá a objeto do direito laboral e sim um sujeito deste.

A solução que se propõe é a maior fiscalização por parte do Estado em relação a esse processo, para que não haja desvio de finalidade nas contratações de mão de obra precária como é o caso da terceirização.

Dessa forma, espera-se que esse estudo sirva de auxílio e pesquisa para acadêmicos, juristas e demais pessoas interessadas. Por fim, deixo como meditação a ilustre frase do mestre Rui Barbosa: “um sabedor não é armário de sabedoria, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas.”⁶⁴

⁶⁴ BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1956. p.46.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1956.

CABRAL, Sandro. Terceirização de processos industriais sob a ótica da economia dos custos de transação. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração: Salvador, 2002.p.18.

CALDERON, Moacir Pereira. Aspectos da terceirização no direito do trabalho. 2002. 172 f. Dissertação (Mestrado em direito privado) - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, em convênio com a Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal - AEUDF, 2002

CAMPOS, José Ribeiro de. A Administração Pública e a responsabilidade trabalhista na terceirização: matéria submetida ao Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 35, n. 133, jan./mar. 2009, p. 185-198.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização. Obra: Formas atípicas de trabalho. LTR, SP, 2004, 1ª edição, págs. 43 a 53. Material da 3ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Tele Virtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 34. ed., atual. São Paulo: Saraiva 2009. 1395p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 21. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.556.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. 1373 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20.ed.São Paulo: Atlas,2007.p.479.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do Trabalho, Terceirização e Contratos de Fornecimento Industrial-Notas sobre a Responsabilidade Jurídica de Clientes e Fornecedores. LTR 71-11/1308 – Ano 2007. Material da 3ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Tele Virtual em Direito e Processo do Trabalho –Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

FORTINI, Cristina (Org.). Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HARDAGH, C. C, SOUZA, A. I. e PEREIRA, S. R. - Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica – Material de Aula da Disciplina: Metodologia da Pesquisa Científica e

Jurídica, ministrada nos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtuais da Anhanguera-Uniderp |Rede LFG, 2011.

LIMA, Denise Hollanda Costa. Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho. Prefácio Jessé Torres Pereira Junior, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. Servidor público na atualidade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Pelo cancelamento da sumula nº 331 do TST. <http://www.sindinstalacao.com.br/UploadDoc/doutrina%20ref.%20terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20-%20s%C3%BAmula%20331.rtf>. Material da 3ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG, p.02.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na Administração Pública — Uma Prática Inconstitucional. (LTR 70-11/1307 – Ano 2006). Material da 3ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Subordinação estrutural-reticular. Uma perspectiva sobre a segurança jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2005, 27 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12126>>. Acesso em: 3 out. 2011.

NETO, João Amato. Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação. Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v.32, n.2, mar./abr., 1995, p.34.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Manual da Monografia Jurídica - Como se Faz: Uma Monografia, Uma Dissertação, Uma Tese. 7ª ed. São Paulo: Saraiva 2009, 320 p.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. A terceirização na administração pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18933>>. Acesso em: 24 set. 2011.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. Subordinação estrutural, terceirização e responsabilidade no Direito do Trabalho. Artigo disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080403121848604&mode=print>, acesso em 19 abr. 2011

SANTOS, Daniel Guarnetti dos. Revisão da Súmula 331 do TST: inconstitucionalidade do item VI?. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19620>>. Acesso em: 24 set. 2011.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010. –(Série IDP). p.18.

SILVA, Cristiano Amorim Tavares da. A disciplina jurídica da terceirização trabalhista. Sua aplicação no setor público e a distinção entre terceirização lícita e ilícita. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1647, 4 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10821>>. Acesso em: 24 set. 2011.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhuera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e o professor orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Brasília, 03 de outubro de 2011.