

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

CEZAR RODRIGO DE MATOS LOPES

SÃO PAULO

2010

CEZAR RODRIGO DE MATOS LOPES

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Dissertação apresentada no Curso de Especialização da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho.

Orientador: Julio Maximiliano Scudeler  
Neto

SÃO PAULO

2010

CEZAR RODRIGO DE MATOS LOPES  
**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada no Curso de Especialização da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho.

---

Julio Maximiliano Scudeler Neto

SÃO PAULO, \_\_\_\_ DE \_\_\_\_\_ DE \_\_\_\_ .

Aos meus pais, responsáveis por tudo que sou.

A minha esposa, companheira de todas as horas  
e de todos os caminhos.

Agradeço ao professor Júlio, pelas instigantes discussões de sábado à tarde, e por seu exemplo irretocável de companheirismo, por sua atenção e persistência em me apoiar.

## RESUMO

A terceirização é conceito que surgiu do ramo da administração de empresas, e, com a promessa de maximizar os ganhos do setor produtor, tornou-se bastante difundida nos sistemas anglo-saxônicos num primeiro momento, expandindo-se para o resto do mundo capitalista num segundo momento. O Estado, buscando maior eficiência e produtividade, também começou a se valer deste instrumento de retirada de atividades não essenciais do núcleo da administração da atividade empresarial, e no caso da Administração Pública, do núcleo de serviços essenciais a manutenção do Estado. No Brasil, país de forte tradição legislativa, por coincidência, foi justamente em direção à Administração Pública, que as primeiras normas sobre terceirização foram editadas. Tal instrumento, que inegavelmente apresenta uma precarização das relações de trabalho, também tem-se mostrado como importante vetor de inclusão no mercado formal de trabalho. O debate sobre quais atividades podem ser terceirizadas, qual a relação permitida entre o tomador de serviços e o empregado da empresa prestadora desses serviços, quais os efeitos de responsabilização desse tomador por práticas fraudulentas na terceirização, ou inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo empregador, ganham contorno relevante quando afetam diretamente à Administração Pública. A presente monografia, passando pelos aspectos genéricos do tema, firma-se na solução de tais problemas quando relacionados à Administração Pública, buscando na doutrina e jurisprudências já conhecidas, soluções que considero mais adequadas, do que as previstas na Súmula (tratado no trabalho como Enunciado) n.º 331.

Palavras-Chave: Terceirização Ilícita. Administração Pública. Tomador de Serviços. Responsabilização da Administração. Nulidade.

## SUMÁRIO

1. Introdução, 8
2. Modelo Clássico da Relação de Emprego, 10
  - 2.1 Pessoa Natural, 11
  - 2.2 Pessoaalidade, 11
  - 2.3 Não Eventualidade, 12
  - 2.4 Onerosidade, 14
  - 2.5 Subordinação, 15
3. Relação de Trabalho *Latu Sensu*, 17
4. Terceirização trabalhista, 18
  - 4.1 Origem - Contrato de Outsourcing, 19
  - 4.2 Origens Legislativas no Brasil, 22
  - 4.3 Primeiras jurisprudências, 25
  - 4.4 O Enunciado 331 do TST. Terceirização Lícita e Ilícita, 27
5. Terceirização na Administração Pública, 32
  - 5.1. Responsabilidade de Entidades Estatais, 33
    - 5.1.1. Artigo 71 da Lei 8666/93 X Enunciado 331 do TST, 34
  - 5.2 As três correntes sobre responsabilização da Administração Pública, 41
    - 5.2.1 As teorias das nulidades e o concurso público, 44
      - 5.2.1.1. As Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista Exploradoras de Atividade Econômica, 48
    - 5.2.2 Direitos do empregado/servidor x terceirizados, 51
    - 5.2.3 Responsabilidade Direta da Administração. Solidariedade e Subsidiariedade, 52
    - 5.2.4 Teorias do Enriquecimento Sem Causa, 55
    - 5.2.5 Teoria do Abuso do Direito, 57
- 6 Visão do Tribunal de Contas da União sobre a Terceirização, 60
7. Conclusão, 73
- Referências, 76

## 1- Introdução:

O Direito do Trabalho é o ramo jurídico especializado que regula as relações laborativas da sociedade contemporânea e, dentre seus principais elementos de estudo, estão o Contrato de Trabalho e a relação de emprego *strictu sensu*.

Ocorre, contudo, que as modernas relações de trabalho em sentido lato, tem ganhado cada vez mais relevância em relação ao contrato de emprego com seus rígidos limites. Os modernos meios de produção de bens e serviços na economia de escala do sistema capitalista, somada as novas tecnologias e meios de comunicação hiper-rápida, tem exigido desde a década de setenta e com maior impacto a partir da década de noventa, ambas do século passado, ma profunda transformação do conceito do trabalho

As formas de concentração de esforços empresariais para atingimento do objetivo nuclear da atividade empresarial, focada na maximização de lucros, procura descentralizar as atividades menos relevantes do núcleo empresarial, promovendo uma profunda mudança de paradigmas no conceito do trabalho, enquanto pertencente à atividade da empresa.

É neste cenário que o Direito do Trabalho tem que se ajustar para preservar direitos e impedir a precarização do trabalho, que tende a se manifestar mais fortemente no choque de interesses com o capital, sem, contudo, servir de instrumento desligado da realidade atual, para engessar as modernas relações trabalhistas, provocando desemprego e informalidade do emprego.

Surge então, a terceirização como forma básica de descentralização da empresa e elemento transformador da relação de trabalho, que pode ser um importante fator de alavancagem do emprego se bem conduzida, ou forma de subtração de direitos fundamentais e dignidade do trabalhador.

Neste sentido, essas profundas transformações não poderiam existir sem qualquer contato com a Administração Pública brasileira, principalmente após a

Emenda Constitucional n.º 9, que trouxe de maneira mais incisiva os princípios da eficiência e economicidade, e notadamente na Administração indireta que atua em regime de competição com o setor privado.

O presente trabalho monográfico, fará um brevíssimo estudo sobre o fenômeno da terceirização no campo dos conceitos clássicos do emprego, passando pelos seus impactos no setor privado até chegar no seu tema principal, que é a terceirização na Administração Pública.

Nos seis capítulos vindouros então, o tema será desenvolvido à partir dos conceitos e teses já existentes e evoluído para conceitos civilistas, que parecem trazer novas idéias para os problemas que serão apresentados.

## 2. Modelo Clássico da Relação de Emprego.

Para real compreensão do tema se faz necessária menção ao modelo clássico de relação empregatícia, que vem sendo desafiada a todo o momento, na moderna concepção de trabalho.

Cabe aqui, uma breve digressão acerca das diferenças entre a relação de trabalho (sentido lato) e relação de emprego (sentido estrito).

A relação de trabalho tem caráter genérico e refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencialmente centrada no fazer consubstanciada no labor humano. Relaciona-se, pois, a toda contratação de trabalho humano modernamente admitido, englobando: a relação de emprego; o trabalho autônomo; a relação de trabalho eventual; o trabalho avulso, etc.

A relação de emprego, é uma das modalidades de relação de trabalho, sendo ainda, a mais relevante expressão do trabalho no sistema econômico contemporâneo.

A caracterização da relação empregatícia é essencial para o Direito do Trabalho e para a apresentação do tema central desta monografia.

A CLT apresenta em seu artigo 3º- o conceito de empregado, que serve para definição dos elementos do modelo clássico de relação empregatícia.

Assim, passaremos ao estudo deles, quais sejam: o trabalho por pessoa natural; a personalidade; a não-eventualidade; a onerosidade; a subordinação.

## 2.1. Pessoa Natural

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho utiliza conceitualmente é a pactuada com uma pessoa natural. Utiliza-se aqui o termo pessoa natural, por ser mais correta sob o ponto de vista técnico do Direito Civil, e não como mero contraponto à definição de pessoa jurídica conforme a legislação tributária, já que toda pessoa humana tem uma expressão física.

Assim, a prestação de serviços por pessoa jurídica, sem a fixação de uma pessoa natural, afasta a relação jurídica que se estabelece no âmbito justralhista, embora, para efeitos do tema deste trabalho, situações há em que a relação de serviços entre duas pessoas jurídicas, é mera roupagem com intuito fraudatório de direitos trabalhistas.

Lembre-se que os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho, como a saúde, a integridade moral, o bem-estar, etc. importam aos seres humanos, não podendo ser usufruídos por entes criados em função da *afectio societatis*, por exemplo.

## 2.2. Pessoaalidade.

Elemento relacionado ao anterior, mas que perante ele guarda relevante distinção. O fato de o trabalho ser prestado por pessoa natural, não significa, necessariamente a pessoaalidade. Esse elemento deve ser aferido na situação concreta.

É essencial à configuração da relação de emprego, que a prestação pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade do trabalhador<sup>1</sup>, sendo que a relação deve ser pactuada, ou efetivamente cumprida em caráter *intuito personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, se fazer substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo dos serviços pactuados. Verificando-

---

<sup>1</sup> Gonçalves, Carlos Roberto, *Sinopses Jurídicas – Direito Civil*, 10ª Edição, Saraiva p.p. 35-36

se a prática de substituição intermitente, ou ao menos a sua possibilidade, a circunstância torna-se impessoal e infungível, afastando a relação de emprego.

Há, contudo, situações em que a substituição do trabalhador se dá de forma em que não seja suprimida a pessoalidade. É o que ocorre em algumas situações de substituições consentidas pelo empregador, ou tomador de serviços, em caráter temporário, sem que exista possibilidade de que seja em caráter intermitente.

Note-se que a aferição deste elemento pelo judiciário, quando provocado a se manifestar em casos de terceirização, na maioria das vezes tem sido banalizada; e dissociada da análise técnica que se faz necessária, como se demonstrará em capítulos mais à frente.

### 2.3. Não-Eventualidade.

É certo que a noção de permanência para os fins aqui discutidos, trabalha em duas dimensões principais: na duração do contrato empregatício, que tende a ter a máxima duração, revelando o princípio da continuidade, pelo qual se incentiva, normativamente a permanência indefinida do vínculo de emprego, salvo as exceções permitidas; de outro lado a idéia de permanência vincula-se ao próprio momento da configuração do tipo legal da relação empregatícia.

Nesse sentido, para que exista relação empregatícia em seu sentido clássico, é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência - mesmo que durante um curto período determinado – não se qualificando como esporádico.

A legislação trabalhista clássica, não incide sobre o trabalhador eventual, embora não haja dúvidas de que ele também possa ser subordinado. É um subordinado de curta duração <sup>2</sup>, esporádica e intermitentemente vinculado a distintos tomadores de serviços, faltando ao eventual apenas um dos cinco elementos da relação empregatícia, exatamente a permanência.

---

<sup>2</sup> Nascimento, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho, Saraiva, 1998, 15ª Edição, p.p 316-323.

Ocorre, contudo, que o conceito de eventualidade, é um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho. A doutrina tem, construído diversas teorias sobre a eventualidade, sendo as principais, a teoria da descontinuidade, a teoria do empreendimento e a teoria da fixação jurídica.

Pela descontinuidade, o eventual seria o trabalho fracionado, fragmentado, que perde o caráter de fluidez em relação ao tomador enfocado. Tem-se compreendido que essa teoria foi rejeitada pela CLT por se referir ao elemento negativo não-eventualidade em seu artigo 2º *caput*. Desse modo, o trabalhador que preste serviços apenas em determinado dia na semana, por diversos meses seguidos, não será eventual.

Pela teoria do evento, considera-se eventual o trabalhador que entrou na empresa em virtude de determinado fato específico, acontecimento ou evento. Seu Trabalho para o tomador terá duração do evento esporádico ocorrido.

Esclarece a teoria, que não poderá ser considerado como eventual o acontecimento que se protraia no tempo por período mais amplo.

A teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa) é talvez a formulação teórica mais prestigiada entre as aqui citadas. Informa esta que, será eventual o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa, tarefas que, por essa mesma razão, serão esporádicas e de estreita duração<sup>3</sup>

Há, por final, a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços. Informa essa construção teórica ser eventual o trabalhador que não se fixa numa fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa numa determinada fonte de trabalho<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Maranhão, Délio, Instituições de Direito do Trabalho, LTR, 2002, 20ª Edição, p.p

<sup>4</sup> Nascimento, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho, Saraiva, 1998, 15ª Edição, p.p 399-403

Assim, diante das teorias expostas, não se deve perquirir pela figura do trabalhador eventual tomando-se um exclusivo critério entre os apresentados, mas combinando-se os elementos resultantes, para os quais se extrai o seguinte:

- a) Não permanência em uma determinada organização com ânimo definitivo;
- b) Não fixação de uma única fonte de trabalho, com pluralidade de tomadores;
- c) Curta duração do trabalho;
- d) Natureza do trabalho ligada a evento certo;
- e) Não correspondência do trabalho eventual com os fins normais do empreendimento.

Assim, analisando-se o caso concreto à partir dos elementos acima expostos, se saberá se é ou não eventual o trabalho prestado. Em alguns casos um ou outro elemento pode não se fazer presente, mas presentes os demais, estará caracterizada a eventualidade, quando como, por exemplo, o trabalho eventual se insere na dinâmica eventual da empresa.

#### 2.4. Onerosidade.

O contrato de trabalho é um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, mensuráveis economicamente. O valor econômico da força de trabalho colocado à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, portanto, deve ser onerosa a relação.

O elemento onerosidade não se mede pelo trabalho realizado ou pelo tomador de serviços, pois neste caso sempre haveria onerosidade, mas em dois planos distintos, um objetivo e outro subjetivo.

No plano objetivo, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato

de trabalho pactuado. Tais parcelas formam o complexo salarial <sup>5</sup>constituído de diversas verbas. Assim, analisando as verbas que compõem o complexo salarial, dificilmente não se constatará a onerosidade. Por essa razão, de maneira geral, torna-se desnecessária a pesquisa da dimensão subjetiva, dada a clareza do dado objetivo que é o pagamento.

No plano subjetivo, a onerosidade se manifesta pela intenção econômica contraprestativa, ou seja, pela intenção do prestador de ser remunerado, diante do que foi prometido e ajustado no momento da celebração do vínculo sócio-jurídico. Assim, em situações raras e especiais como o trabalho escravo, somente pela ótica subjetivista se reconhecerá o emprego.

## 2.5. Subordinação.

A subordinação traduz-se na situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

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

Deriva do contrato de trabalho e revela a subsunção ao poder empresarial, além da dependência econômica, embora a mera dependência econômica seja critério falho para defini-la, pois o nexa precisa guardar assimetria entre o poder de direção e subordinação. Revela, pois, a subsunção ao poder diretivo empresarial, como principal elemento identificador.

---

<sup>5</sup> Delgado, Mauricio Godinho, Curso de Direito do Trabalho, LTR, 2004, 3ª Edição, p.p.291-294

### 3. Relação de Trabalho Lato Sensu.

Para real compreensão do tema se faz necessária menção ao modelo clássico de relação empregatícia, que vem sendo desafiada a todo momento, na moderna concepção de trabalho.

Cabe aqui, uma breve digressão acerca das diferenças entre a relação de trabalho (sentido lato) e relação de emprego (sentido estrito).

A relação de trabalho tem caráter genérico e refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencialmente centrada no fazer consubstanciada no labor humano. Relaciona-se, pois, a toda contratação de trabalho humano modernamente admitido, englobando: a relação de emprego; o trabalho autônomo; a relação de trabalho eventual; o trabalho avulso, etc.

A relação de emprego, é uma das modalidades de relação de trabalho , sendo ainda, a mais relevante expressão do trabalho no sistema econômico contemporâneo.

A caracterização da relação empregatícia é essencial para o Direito do Trabalho e para a apresentação do tema central desta monografia.

A CLT apresenta em seu artigo 3- o conceito de empregado, que serve para definição dos elementos do modelo clássico de relação empregatícia.

Assim, passaremos ao estudo deles, quais sejam: o trabalho por pessoa natural; a pessoalidade; a não-eventualidade; a onerosidade; a subordinação.

#### 4. Terceirização Trabalhista.

O termo terceirização é oriundo do ramo empresarial, construído pela área de administração de empresas. Resulta do neologismo advindo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente, e não do terceiro, como aquele estranho à relação jurídica. Outro neologismo criado pra designar o fenômeno, que também tem origem externa ao Direito, foi terciarização, como sendo o setor terciário da economia, composto pelos serviços em geral, onde se situam as empresas terceirizantes.

Para o Direito do Trabalho Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente<sup>6</sup>.Pela terceirização, o trabalhador é inserido dentro do processo produtivo do tomador de serviços, sem que se estendam a este, todos os elementos do contrato de emprego, que se preservam fixados com uma entidade interposta.

Há assim, uma relação trilateral, num dos lados, está a relação entre a empresa tomadora e a empresa terceirizante, que se encontra regida pela legislação civil, como nos contratos de empreitada e de prestação de serviços *latu sensu*, que por si só, não atarem a regência das normas trabalhistas, muito embora ao Direito do Trabalho, interessa a maneira pela qual a obrigação avençada é satisfeita, sendo necessário perquirir se o enlace contratual é consistente na forma e na essência; noutro lado está o obreiro, que realiza atividades materiais e intelectuais junto à tomadora se serviços; finalmente no lado restante, está a relação entre o obreiro, com a empresa que o contrata, para realizar seu objeto social, junto à tomadora, atraindo para si, a relação de emprego.

O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante, é francamente distinta do modelo clássico empregatício, que tem caráter tipicamente bilateral. Essa dissociação entre a relação econômica de

---

<sup>6</sup> Delgado, Mauricio Godinho, Curso de Direito do Trabalho, LTR, 2004, 3ª Edição, p. 429

prestação de serviços, e relação jurídica empregatícia, trás alguns desajustes em contraponto aos clássicos objetivos protetivos e distributivos do Direito do Trabalho.

Neste capítulo serão trazidas as origens da terceirização, sua evolução no Brasil e no mundo, com as conseqüências sócio-jurídicas pertinentes.

#### 4.1 Origem - Contrato de Outsourcing.

A denominada terceirização é um instrumento de administração e estratégia empresarial, cujo conceito tem caráter econômico e não jurídico. Ela se baseia na idéia de gestão empresarial estadunidense, que originou os denominados contratos de outsourcing. Atente-se que, por alguns problemas de execução contratual, os contratos de outsourcing originaram, posteriormente, os denominados *Service Level Agreements (SLAs)*.

A concepção de tal estratégia encontrava-se no foco empresarial centrado na atividade-fim, ou em melhores palavras, na atividade efetivamente rentável e lucrativa para a empresa.

Conseqüentemente, buscava-se reduzir "carga" em atividades necessárias, mas não rentáveis e lucrativas, que poderiam ser denominadas de atividades-meio, para maior preocupação, atenção, investimentos, desenvolvimento, pesquisa e execução de atividades geradoras de valor (atividades-fim), e, conseqüentemente, de dividendos aos acionistas ou quotistas.

Assim, a terceirização era uma identificação de solução econômica com fins estratégicos à maior rentabilidade da empresa.

Saindo do conceito e vislumbrando-se a prática, as atividades empresariais passavam a ser divididas por suas finalidades, lucratividade e rentabilidade, para serem consideradas de interesse mediato ou imediato das empresas.

Se a atividade possuísse caráter mediato, ela seria passível de outsourcing (terceirização), ou seja, realização por outro (terceiro), mediante a contratação de prestação de serviços.

Deflui, daí, um aspecto de suma importância ao entendimento da matéria, qual seja: **a terceirização envolve exclusivamente atividades**. A terceirização não envolve pessoas, enquanto mão-de-obra.

Enquanto sendo uma concepção estadunidense, e visto tratar-se de país, que não possui legislação trabalhista específica. E muito pelo contrário, sendo ele um país reconhecido, inclusive, pelos meios jurídicos, como um país protetivo do capital produtivo (corporations affairs), inexistem óbices de cunho trabalhista ao outsourcing.

A grande dificuldade surgiu com a terceirização das atividades de logística, que inicialmente não mereciam interesse imediato, o que alterou-se principalmente pelas questões de relacionamento B2B (business to business) e B2C (business to consumers). Caso típico foi o denominado "Natal sem Papai Noel", em 1998. O uso das ferramentas informatizadas para compras foi estimulado e utilizado em larga escala, mas a concretização dos negócios (entregas dos bens) restou prejudicada por falhas em atividades logísticas, que encontravam-se terceirizadas.

Por tal motivo, houve uma revisão daquele conceito de atividades empresariais de interesse mediato e imediato, o que, todavia, não gerou o afastamento da análise de custo e benefício, para adoção do outsourcing. A solução, então, foi o desenvolvimento da teoria dos Service Level Agreements, onde o terceirizado seria tratado como um parceiro e, como tal, passaria, consoante sua boa execução do outsourcing, a participar de resultados ou obter vantagens contratualmente estabelecidas.

Novamente, estamos diante de conceitos mais econômicos que jurídicos, pois, o contrato gera obrigações, que devem ser adimplidas sob penalidades diversas, em razão do vínculo obrigacional de caráter executório entre credor e devedor. Conseqüentemente, para o bom direito, o contrato deve ser executado com perfeição, o que não justificaria a concessão de benesses a quem nada mais fez que, adimplir plenamente (com a devida perfeição) aquilo pelo que se obrigou.

Tal visão de administração empresarial deixou de ser uma prática americana, ampliando-se pelo mundo. Tal fato não se deveu a sua inovação e grandiosidade, mas estritamente aos aspectos de custos e conseqüente competitividade mercadológica dentro de um mundo globalizado.

O outsourcing tendia a diminuir custos e, conseqüentemente, fazer crescer a competitividade. Não por outra razão, deu-se a solução aos problemas de gestão do outsourcing pelo aparecimento e desenvolvimento dos SLA's.

Diante de um mundo que se abria, por força do GATT, criação da OMC, e fortalecimento da iniciativa privada no mundo globalizado, a utilização pelos produtores deste do outsourcing como ferramenta também de redução de custos, importou na necessidade de absorção do modelo por diversos outros países.

Destarte, o mundo globalizado caracteriza a autofagia da competição pela concentração dos mercados, a partir do poder competitivo originário das empresas incorporadoras.

## 4.2 Origens Legislativas no Brasil.

O Brasil adotou o modelo protetivo das leis trabalhistas a partir de um movimento, encabeçado por Getúlio Vargas, ainda que, dentro de um modelo italiano, menos moderno que de outros países europeus.

Assim, a contratação de mão-de-obra segue as regras impostas pela Consolidação das Leis Trabalhistas e legislação esparsa, estabelecendo um vínculo empregatício, reconhecendo-se o contrato realidade e garantindo-se algumas presunções de cunho paternalista baseadas na hipossuficiência do trabalhador.

Com o decorrer do tempo, ocorreram alterações, mas que não foram suficientes a modificar as características das normas trabalhistas de proteção com cunho de indisponibilidade e sob a égide do direito público.

Nesse diapasão, a CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão-de-obra: a empreitada e a subempreitada (art. 455 CLT), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, "a", II, CLT). À época de elaboração da CLT, a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem merecia qualquer epíteto designativo especial.

Em fins da década de 1960 e com o advento do denominado "Milagre Econômico" durante a década de 1970, verificou-se o implemento da necessidade de um modelo de contratação de mão-de-obra mais casuístico, em razão do aumento da atividade produtiva, que refletiria as leis de oferta e demanda da economia.

Afigura-se um tanto curioso, que as primeiras legislações que podem ser enquadradas no epíteto terceirização, eram direcionadas, justamente à Administração Pública. Nesse sentido foram editados os diplomas legais Decreto-Lei 200/67 (artigo 10) e Lei 5.645/70.

O diploma normativo de 1967, em seu artigo 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.

O texto do diploma, induz a Administração a desobrigar-se de tarefas executivas e instrumentais, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato de prestação de serviços. Na medida em que a Administração está submetida ao princípio da legalidade, não restavam dúvidas de que os entes estatais podiam terceirizar um conjunto de tarefas, só não se sabia qual a real extensão dessa permissão, ou seja, qual grupo de tarefas podia ou não ser terceirizado.

A posterior Lei 5.645/70, em seu artigo 3º, parágrafo único veio exatamente exemplificar alguns desses encargos de execução sugerido pelo diploma anterior. Observe-se que o rol lançado em referido diploma que tratava de atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhada, era meramente exemplificativo, mas se focava nas atividades-meio do Estado.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 6.019/74, nasce a possibilidade da contratação temporária de mão-de-obra, respeitados certos requisitos como:

- a) pique de produção ou ausência de empregado estratégico por razão não imputável ao empregador

b) temporariedade da contratação (90 dias) com possibilidade de prorrogação por igual período de forma justificada e autorizada pela Delegacia Regional do Trabalho;

c) contratação junto à sociedade comercial, constituída com o objeto e tendo a finalidade da atividade de intermediação de mão-de-obra com o devido registro e reconhecimento junto ao Ministério do Trabalho.

Essas, então, eram as únicas formas de contratação de mão-de-obra no país, salvo os funcionários públicos e empregados públicos regidos por leis especiais. Mais recentemente viu-se o surgimento do contrato temporário de trabalho, que, ao contrário do que seus criadores previram, não se tornou a grande prática mercadológica impulsionadora da geração de empregos e conseqüente derrocada das taxas absolutas de desemprego.

É preciso ressaltar a importância da Lei 7.102/83, que veio prever a sistemática de terceirização permanente, para os serviços de vigilância bancária.

A partir de então, o setor empresarial começou-se a utilizar o modelo de terceirização permanente, por extensão, a diversos segmentos de atividades, e no Brasil, a terceirização adquiriu inicialmente dois aspectos. Em alguns casos, buscava-se a absorção daquele conceito econômico explicitado, enquanto que, em outros casos caracteriza um meio de burla ao sistema legislativo de proteção aos trabalhadores, para tentativa de não-caracterização de vínculo empregatício.

Independentemente de um caso ou outro, não houve muitas vezes a preocupação vista naqueles países com sistemas protetivos, onde o termo outsourcing implicava quase sempre em terceirização de atividades off-site.

A razão de desvio, em regra, do uso da terceirização, que ao contrário de abranger serviços importava em contratação de mão-de-obra sob a forma de duvidosos contratos de prestação de serviços, impunha-se, seja pela mesquinhez de

alguns empresários no aumento da denominada "mais valia", seja pelas dificuldades de outros com o sangramento provocado pelo Estado a partir de contribuições sociais incompatíveis, mas que serviam de política geradora de caixa para diminuição do déficit público.

Como dito, recentemente, não solucionando o problema das contribuições por suas alíquotas, o Estado brasileiro implementou uma nova modalidade de contratação de mão-de-obra, representada pelo Contrato Temporário de Trabalho, que, até o presente, fez-se na maioria das vezes letra morta, em razão do requisito legais.

Abrindo-se aqui parênteses, vemos pois, que, existem, então, três formas legais, apenas, para a contratação de mão-de-obra.

Enquanto isso, a terceirização restou absorvida sem qualquer legislação pertinente, ainda que só de cunho regulatório. Muito recentemente, vamos encontrar o Projeto de Lei nº 003/02, pelo qual tenta-se regulamentar a terceirização e rever a questão da contratação temporária de mão-de-obra.

Tendo, aquele projeto, sua apreciação iniciada na Câmara do Deputados, ele foi alterado, para não se dizer que, quase que substituído, gerando um norma proibitiva, pelas exigências nele contidas, à terceirização e à contratação temporária de mão-de-obra. Chegando ao Senado, o Projeto foi objeto de alterações diversas por seu relator, que tiveram o condão de manter tudo como está, não sendo uma expectativa frutífera como o projeto original e afastando os óbices absolutos, contidos no projeto aprovado na primeira casa de votação.

#### 4.2.3 Primeiras jurisprudências.

A jurisprudência trabalhista digladiou-se desde a década de 1970 em torno do tem terceirização. O laconismo de regras legais em torno de tão relevante fenômeno sócio-jurídico conduziu à prática de intensa atividade interpretativa pela

jurisprudência, em sua busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo.

Já na década de 1980 o Tribunal Superior do Trabalho editou súmula jurisprudencial sobre o problema, incorporando orientação limitativa das hipóteses de contratação se trabalhadores por empresa interposta. Nesse sentido o Enunciado 256 do TST:

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

Assim, fixava-se como excepcional as formas de contratação terceirizadas, em resposta as práticas de terceirização permanente, realizada até então. A regra geral mantinha-se na CLT, e em caso de afronta a súmula, a terceirização era considerada ilícita, determinando-se, para todos os fins, o estabelecimento do vínculo de emprego clássico com o tomador de serviços.

A mencionada súmula pareceu fixar um leque exaustivo de exceções terceirizantes, ao mencionar especificamente em quais situações legais eram admitidas, excluindo-se o Dec-Lei 200/67 e a Lei 5.645/70, já que eram dirigidas ao administrador público, pois fora da competência jurisdicional da Justiça do Trabalho.

Tais circunstâncias, e o acirrado debate advindo da polêmica entre a súmula interpretativa e a realidade fática praticada, conduziram, anos depois a edição do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que será objeto de estudo mais aprofundado em outro tópico deste trabalho.

Já nos anos 2000, o próprio Enunciado 331 do TSTS recebeu nova redação, para tratar da responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

O Enunciado 331 trouxe várias respostas às questões surgidas a partir da aplicação do Enunciado 256, e no corpo das alterações trazidas, trouxe a significativa distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços ao ordenamento pátrio. Essa distinção era um dos critérios de aferição da licitude ou não da terceirização, buscando estabelecer o contraponto entre as duas.

Por fim, a súmula explicou a extensão da responsabilidade decorrente das relações jurídicas terceirizadas.

#### 4.2.4 O Enunciado 331 do TST- Terceirização Lícita e Ilícita.

Como já mencionado, o Enunciado 331 do TST trouxe à ordem jurtrabalhista dentre suas mais importantes contribuições, a distinção entre terceirização lícita e terceirização ilícita.

Nessa ordem, enumera uma série de situações-tipo que caracterizam a terceirização como lícita ou ilícita. Desta maneira, prescreve a súmula:

#### **TST Enunciado nº 331**

##### **Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade**

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

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

**III** - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade 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, 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)

Como se vê, no inciso I, há uma afirmação de que a fórmula empregatícia aplicada no país é a clássica, admitindo-se a terceirização, apenas por exceção. Logo, utilização do intermediário na relação trabalhista (terceirização, pejetização, etc.) é vedada como regra geral, sendo admitida em situações específicas como a inscrita neste mesmo inciso, ou seja, a da existência de trabalho temporário da Lei 6.019/74, devendo ser obedecidos os requisitos da referida lei, para caracterização da licitude da terceirização.

O inciso II, trata de um efeito jurídico decorrente da terceirização ilícita, específico à Administração Pública, e será tratado em capítulo específico deste trabalho.

Outras atividades em que se permite a terceirização são as enunciadas no inciso III da súmula. A primeira atividade mencionada é a de “vigilância”.

Ao se referir à atividade de vigilância, o Enunciado 331 foi mais abrangente que o extinto 256, pois este reportava-se aos casos previstos na Lei 7.102/83. Isso significa que não apenas o segmento bancário está abrangido, mas também quaisquer segmentos do mercado, que contratem serviços de vigilância. Ressalte-se que vigilante, não é vigia. Este é o empregado não-especializado ou semi-especializado que se vincula diretamente ao tomador de serviços, como os trabalhadores em condomínios, guarda de obras, guarda de pequenas lojas, etc. Vigilante é membro de categoria especial diferenciada, que se submete às regras da categoria definidas pelo empregador.

O segundo tipo de atividade mencionada no inciso III, e que constitui a terceira modalidade de terceirização lícita, diz respeito às atividades de conservação e limpeza, conforme já previa a Lei 5.645/70.

O quarto tipo de atividades que podem ser licitamente terceirizadas, e cuja previsão também está no inciso III, são as atividades de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Esse grupo envolve atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador, ou seja, não se coaduna com suas atividades-fim.

Deve-se ressaltar que, a descrição de atividades-meio e atividades-fim aqui levantadas, será mais tarde reavaliada, à luz de recentes decisões do Tribunal de Contas da União <sup>7</sup> proferidas no exercício de sua atividade fiscalizatória dos entes estatais.

Assim, atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais que se ajustam ao núcleo da dinâmica da empresarial do tomador de serviços. São atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Já, as atividades-meio, são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo empresarial do tomador, nem compõem a essência desse núcleo. São atividades periféricas e de apoio à essência da dinâmica empresarial do empregador, como as constantes no rol exemplificativo da Lei 5.645/70, são também outras atividades meramente instrumentais, de apoio logístico ao empreendimento (alimentação dos empregados de estabelecimento, p. exp.)

O modelo de terceirização constante no inciso III, ainda depende de mais um requisito, para que as atividades sejam consideradas lícitas, a ausência de subordinação e pessoalidade. Ressalte-se desde já que no caso de serviço temporário, previsto no inciso I, não há tal requisito, já que pertence a essência do trabalho temporário a pessoalidade e subordinação entre obreiro e prestador de serviços.

A pessoalidade e a subordinação já foram objeto de estudo neste trabalho, logo não serão analisados nesta parte.

---

<sup>7</sup> Acórdão 2132/2010

Chega-se a conclusão, portanto, que excluídas as quatro situações-tipo até agora examinadas, não há na ordem jurídica preceito legal para dar validade, sob a ótica trabalhista, à situações de terceirização, de intermediação da relação de trabalho, que não se enquadrem na situações mencionadas. Se a situação-tipo não é permitida, portanto, a terceirização é considerada ilícita.

A terceirização ilícita traz efeitos jurídicos relevantes, assim como a terceirização lícita. Esses efeitos estão descritos nos incisos II e IV do Enunciado 331, lembrando que o inciso II será melhor debatido quando da análise da terceirização na Administração Pública.

O primeiro efeito jurídico relevante atribuído a terceirização ilícita é a formação de vínculo empregatício direto com o tomador de serviços. Há nas hipóteses de terceirização ilícita um verdadeiro conflito entre empregador aparente e empregador oculto.

Assim, fora das situações-tipo de terceirização lícita, presentes a personalidade e subordinação (com exceção do trabalho temporário), há verdadeira fraude em que o empregador aparente, surge apenas como escudo da fraude existente na relação de emprego que deveria ser formada com o tomador (empregador oculto).

Tal relação direta, não se forma com o Estado, em razão da ausência do requisito do concurso público na formação do vínculo, e para evitar a burla a diversos princípios constitucionais, dentre eles os da moralidade e impessoalidade.

Há também outro efeito que se faz sentir tanto nos casos de terceirização lícita, ou ilícita sem formação de vínculo direto, que é a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Assim, o primeiro destino da responsabilidade subsidiária é a terceirização lícita, já que o real empregador deixando de adimplir as obrigações trabalhistas, leva

ao tomador de serviços a responsabilidade de adimpli-las. Tal responsabilização subsidiária, tem fulcro na culpa *in eligendo* e *in vigilando* do tomador, que escolheu mal seu prestador de serviços ou não fiscalizou adequadamente o adimplemento das obrigações trabalhistas, considerando o caráter sócio-protetivo do Direito do Trabalho, e seu objeto tutelado que é o empregado, que não pode se ver desprovido de elementos para sua subsistência.

Digo que a primeira direção da regra é dirigida às situações lícitas porque a súmula utiliza o vocábulo “empregador”, e nas situações de ilicitude o empregador verdadeiro se revela na pessoa do tomador de serviços. Não haveria sentido numa situação em que o vínculo se forma diretamente com o tomador, falar-se em sua responsabilidade subsidiária, na medida em que a responsabilidade é direta. Poder-se-ia discutir sim, a responsabilidade solidária do real empregador (tomador) e do empregador aparente nos casos de terceirização ilícita, na medida em que os dois concorreram igualmente para a fraude.

Ocorre que a responsabilidade subsidiária também pode ocorrer em caso de terceirização ilícita, quando a fraude tem a concorrência da Administração Pública. O Enunciado 331 é claro ao estabelecer que em casos de ilicitude, não se forma vínculo direto com o ente estatal, mas também é cristalino quando lhe confere responsabilidade subsidiária. Assim seja lícita ou ilícita, segundo a súmula, a terceirização terá sempre como efeito para a Administração a responsabilidade subsidiária.

Tais efeitos da terceirização serão mais bem aprofundados no próximo capítulo.

## 5. Terceirização na Administração Pública.

Tendo o presente trabalho monográfico se debruçado sobre as características gerais da terceirização é momento de adentrar ao ponto central do tema.

A Administração Pública tem se mostrado como um dos principais setores de contratação de serviços terceirizados. Não à toa que à título de melhorar a eficiência do setor, a primeira norma sobre o tema foi editada na década de 1960, e apesar da Constituição de 1988, que em certo ponto à restringiu, continua hoje a Administração se valendo da terceirização, principalmente na esfera em que atua em regime de competição com o setor privado

Nessa órbita, a proibição de formação de vínculo direto com o Estado, em caso de terceirização ilícita, apesar de bem vocacionado a impedir o nepotismo e favoritismos, por outro lado, tem estimulado uma certa “irresponsabilidade” do administrador, que acaba por estimar no custo de suas contratações, o fator responsabilidade subsidiária, como efeito natural deste tipo de contratação.

Diante disto, o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público do Trabalho têm, cada vez mais, atuado de forma a evitar a terceirização ilícita na Administração, e buscando a substituição da mão-de-obra ilicitamente terceirizada, por contratações funcionários e empregados de carreira, precedidas de concurso público.

Nesse mesmo sentido há também a questão envolvendo a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93 versus o Enunciado 331, apesar da norma não ter tido sua presunção de constitucionalidade afetada, sua aplicação é tolhida pela interpretação dada pelo Enunciado 331.

Assim, procurar-se-á desenvolver as questões polêmicas do tema, buscando-se uma nova visão sobre o todo, em uma ação propositiva que procurará diminuir os conflitos que lhe são natos.

## 5.1. Responsabilidade de Entidades Estatais.

Como já mencionado, a regra base de responsabilização da Administração está contida nos incisos II e IV do Enunciado 331 do TST.

Assim, sendo a terceirização lícita ou não, não haverá jamais vínculo direto com o Estado, persistindo tão somente a responsabilização subsidiária pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas. Tal fato para alguns é verdadeira “irresponsabilização” do Estado, na medida em que mesmo em situação de franca fraude a relação de emprego, presentes todos os elementos clássicos da relação de emprego, os entes estatais somente responderão por eventuais débitos do prestador de serviços terceirizados.

Tal “irresponsabilidade” pode ser verdadeiro convite à fraude, pois Administração e empresas terceirizantes, acabam por precificar tal risco, nos contratos, precarizando ainda mais a relação de emprego. É bom que se firse, que nem sempre a contratação de mão-de-obra por empresa interposta, se afigura como hipótese mais barata ou eficiente.

Essa linha de raciocínio cristalizada no Enunciado 331 tem sua razão de ser. É que com o advento da Constituição de 1988<sup>8</sup>, torna-se obrigatório o concurso público para o provimento de cargos e funções na Administração direta e indireta, em homenagem aos princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência, entre outros.

A indisponibilidade o interesse público justifica a não formação de vínculo direto com o Estado.

---

<sup>8</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(..);

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

Ocorre, porém, como se verá nos próximos tópicos, que a mera responsabilização subsidiária, fulcrada na responsabilidade subjetiva do Estado, não parece atingir os fins protetivos ao trabalhador e ao interesse público. Não se quer defender a formação de vínculo direto com a Administração, como fizeram alguns advogados, que com a promulgação da Carta Política de 1988, buscaram no artigo 19 de suas Disposições transitórias, o refúgio adequado para adotar a estratégia de desconsiderar a contratação feita por empresa interposta, anterior a 88, fixando-se o vínculo com o ente estatal, mas se dar uma solução já existente na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, fundada na teoria do contrato nulo.

Todavia, por enquanto, permanece a responsabilização subsidiária, apenas.

#### 5.1.1. Artigo 71 da Lei 8666/93 X Enunciado 331 do TST;

Em que pesem as elevadas intenções que motivaram sumular a responsabilidade da Administração Pública diante da terceirização, e preciso se perquirir qual a situação jurídica desta perante a existência do artigo 71 da Lei 8666/93, que retira a responsabilização estatal na terceirização.

A discussão passa pela real função e alcance de uma súmula de jurisprudência, sua constitucionalidade, e qual seu alcance no ordenamento jurídico, mas antes é preciso ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, apesar das diversas provocações via controle difuso ou direto, jamais analisou o mérito do tema.

Pela via de controle difuso de constitucionalidade os recursos que chegaram à Suprema Corte não foram conhecidos por ter o STF entendido, inúmeras vezes, que a questão é infra-constitucional, e a eventual ofensa à constituição se dá por via reflexa. Nesse sentido:

AI 678766 AgR / AM - AMAZONAS  
AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO  
Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA  
Julgamento: 10/02/2009 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009

EMENT VOL-02352-15 PP-03031

Parte(s)

AGTE.(S): MANAUS ENERGIA S/A

ADV.(A/S): DÉCIO FREIRE E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): EDMUNDO MARTINS DE ALMEIDA

ADV.(A/S): JORGE FERNANDES GARCIA DE VASCONCELLOS  
JÚNIOR E

OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): CONSERVADORA UNIDOS LTDA

Ementa

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRABALHISTA. ADMISSIBILIDADE DE RECURSO: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENUNCIADO N. 331, INC. IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Admissibilidade de recurso da competência do Tribunal Superior do Trabalho: impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional. 2. Responsabilidade subsidiária. Controvérsia infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. 3. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil.

AI- 722548 AgR / BA-BAHIA AG. REG .NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a):

Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 28/10/2008 Órgão Julgador:

Primeira Turma

Publicação

DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009

EMENT VOL-02347-28 PP-05781

Parte(s)

AGTE.(S): EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA  
AEROPORTUÁRIA -  
INFRAERO

ADV.(A/S): BRUNO BENEVIDES DUARTE LEITE E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): CLENE JACINTHA DE ALMEIDA SILVA E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): SANDOVAL TEIXEIRA BARBOSA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): MANOEL FERREIRA DE SOUZA E OUTRO(A/S)

Ementa

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA. ADMISSIBILIDADE DE RECURSO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENUNCIADO N. 331, INC. IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil

RE 403696 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 28/10/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009

EMENT VOL-02347-05 PP-01038

Parte(s)

AGTE.(S): BANCO REGIONAL DO DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL - BRDES

ADV.(A/S): CRISTIANA RODRIGUES GONTIJO E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): LEONARDO SANTANA CALDAS

AGDO.(A/S): ANA MARIA MELLO

ADV.(A/S): CLEUSA M. P. MARTINEZ E OUTRO(A/S)

Ementa

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENUNCIADO N. 331, INC. IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil.

Como se vê, pois, os excertos acima colacionados mostram o entendimento do STF acerca da súmula do TST e sua conjugação com o artigo 71 da Lei de Licitações ante ao princípio constitucional da legalidade. A mais alta corte do país jamais conheceu o mérito do tema por interpretar que a eventual ofensa a Constituição, se existente, nesses casos é sempre indireta, e portanto, de acordo com

jurisprudência consolidada daquele tribunal, não pode ser analisada pelo controle difuso de constitucionalidade.

Ocorre, porém, que pela via do controle concentrado de constitucionalidade, o STF iniciou, em 10.9.2008, o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16/DF, na qual o Governo do Distrito Federal busca a declaração de constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, que possui a seguinte redação:

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.

Curiosamente, o processo declaratório alcançou grande repercussão ao aglutinar a adesão de inúmeros *amici curiae*, como a União e diversos Estados Membros e Municípios.

A percuciente análise das peças de intervenção dos *amici curiae*, e da própria inicial do Distrito Federal evidencia que o objeto da ADC, em verdade, não é a declaração de constitucionalidade da norma federal, mas, sim, a declaração, por via oblíqua, da inconstitucionalidade do inciso IV do Enunciado nº 331 do TST,

Iniciado o julgamento, após o relatório do Min. César Peluso, ofereceram sustentação oral a Procuradora do Distrito Federal e o Advogado Geral da União, ambos impugnando o conteúdo do verbete jurisprudencial do TST. Sustentou-se, em apertada síntese, que o verbete contraria a dicção do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei n 8.666/93, cuja constitucionalidade almeja-se ver declarada.

Para tanto, aduziu-se que a Lei de Licitações estabelece a culpa exclusiva das empresas contratadas pelo ente público e que o próprio procedimento licitatório, desde que regular, operaria como excludente de culpabilidade do ente estatal.

De forma análoga, não incidente na hipótese a culpa *in eligendo*, tampouco em a culpa *in vigilando*, uma vez que a exigência desse tipo de controle, pelo ente estatal, poderia acabar por tornar a contratação por terceirização mais onerosa do que a própria contratação direta.

Por fim, enfatizou-se o aspecto anti-pedagógico do enunciado do TST que acaba por incentivar o mau empresário que subestimaria os preço da proposta, com vistas a vencer o procedimento licitatório, já prevendo que eventuais débitos trabalhistas seriam satisfeitos pelo ente público.

Enfim, todos os argumentos levantados da tribuna do STF somaram-se para impugnar o verbete do TST e não no que diz respeito à sua constitucionalidade. Na verdade, as sustentações orais atacaram o Enunciado nº 331 do TST com fundamento em suposta incompatibilidade com a Lei de Licitações, como se o STF pudesse exercer esse tipo de controle de legalidade, em sede de matéria de nítida ordem trabalhista.

O Ministro. César Peluso iniciou o seu voto voltando-se, com a percuciência que lhe é peculiar, para a questão formal que traduziria o verdadeiro objetivo da ação: ausência do interesse de agir em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Para o relator, o Distrito Feral é carecedor da ação declaratória, uma vez que deixou de demonstrar a efetiva e relevante controvérsia jurisprudencial. Para tanto, o Min. destacou que a exordial veio acompanhada de três acórdãos que afastavam o enunciado nº 331 do TST, mas nenhuma referência faziam ao parágrafo 1º do artigo 71 da Lei n 8666/93, cuja declaração de constitucionalidade se buscava, logo, a inicial seria inepta.

Para o Min. César Peluso, não havia sentido o STF declarar a constitucionalidade de uma norma cuja presunção de constitucionalidade não estava em xeque, visto que a Suprema Corte não exerce função consultiva. O Min. Peluso prosseguiu aduzindo que o próprio Enunciado do TST fazia expressa menção à constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93. Como precedentes

foram citadas as ADC nº 1, ADC nº 8 e a ADC nº 15. Portanto, o Relator não conheceu da ADC e julgou prejudicado o agravo regimental interposto.

O Ministro Marco Aurélio abriu de pronto a divergência, como de costume, assentando que, para ele, a ação declaratória seria irmã gêmea da ação direta de inconstitucionalidade e o requisito legal de demonstração da controvérsia jurisprudencial deveria ser relativizado (inciso III do artigo 14 da Lei nº 9.868/99), haja vista a multiplicação de conflitos e de interesses envolvendo a matéria. Para o Min. Marco Aurélio, ao editar o Enunciado nº 331, o TST operou uma declaração branca de inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, a impor uma postura não ortodoxa do STF sob pena de se perpetuar a situação de conflito entre a Lei de Licitações e do parágrafo 2º do artigo 2º da CLT. Forte nessas razões, o Min. Marco Aurélio admitiu a declaratória.

Como o próprio voto divergente do Ministro. Marco Aurélio evidenciou, se se trata de conflito entre a Lei de Licitações e a CLT, não se pode falar em declaração de constitucionalidade, a questão seria, evidentemente, de legalidade.

Ora, se o dispositivo legal (parágrafo 1º do artigo 71 da Lei n 8.666/93) está sendo supostamente ofendido ou afastado pelo Enunciado nº 331 do TST, a questão é de legalidade e não de constitucionalidade. Além disso, a via processual adequada para que o STF aprecie a controvérsia, seguramente, não seria a ação declaratória, mas sim eventual recurso extraordinário oriundo do TST no qual o Enunciado nº 331 fosse aplicado. Típico controle difuso de constitucionalidade.

Percebe-se que o objetivo da impugnação abstrata é, de fato, o enunciado, e não a suposta inconstitucionalidade da Lei de Licitações. Resta evidente a insindicabilidade do Supremo Tribunal Federal, pelo menos em sede da estreita via do controle abstrato de constitucionalidade.

O Ministro. Peluso insistiu em seu voto, destacando que, mesmo se o Tribunal avançasse na declaração de constitucionalidade, supondo que a presunção

de constitucionalidade da norma estivesse mesmo em xeque, a referida declaração do STF não implicaria a revisão do enunciado do TST.

Para o Ministro. Relator, o enunciado trabalhista, além de assegurar a satisfação dos débitos trabalhistas do empregado, mediante a responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviço, preservou expressamente o parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

Suspendendo, pelo menos temporariamente, a controvérsia, o Min. Menezes Direito pediu vista dos autos, ficando pendente a definição, pelo STF, acerca da responsabilidade do ente público pelos débitos trabalhistas

Os andamentos processuais seguintes não possuem relevância, sendo certo que a questão continua pendente. Ressalte-se, porém, que vencendo o entendimento encabeçado pelo Min. Peluso, dificilmente a questão será resolvida, na medida em que por controle difuso, o STF já decidiu que a eventual ofensa é reflexa.

A par da controvérsia que impede o julgamento da questão, parece, contudo, que diante da presunção de constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, há impedimento a responsabilização do Estado nos casos de terceirização.

Parte da doutrina justifica a norma legal em comento afrontaria o clássico preceito constitucional da responsabilidade objetiva do Estado por atos de seus agentes. Lembre-se, contudo, que o próprio TST já se posicionou pela constitucionalidade da norma, dando-lhe apenas, interpretação consubstanciada no inciso IV do Enunciado 331.

Ora, se a norma é constitucional, o que deve ser debatido é se a interpretação que lhe é dada pelo Enunciado 331 é conforme a Constituição e se interpretação realmente houve.

O Enunciado 331, apesar de seus meritórios objetivos de proteção do trabalhador, transborda claramente seus limites e funções ao ultrapassar a mera

função interpretativa que lhe é inerente. O seu inciso IV, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 71 da Lei 8666/93, acaba por pinçar diversos princípios constitucionais para criar entendimento que afronta diretamente a norma que, supostamente interpretou.

A função interpretativa é de adequação da norma ao ordenamento jurídico vigente, baseada no seu próprio texto, que por vezes pode ser reduzido pelo intérprete, ou mesmo considerando-a contrária ao ordenamento pátrio. O que fez o Tribunal Superior do Trabalho, ao dar a norma interpretação contrária ao seu sentido literal, foi legislar para evitar uma situação potencialmente danosa ao trabalhador, mas que afronta o princípio da legalidade.

Ocorre, contudo, que apesar das críticas aqui feitas a súmula, diante do voto do Min. Peluso na ADC n.º 16 há grande probabilidade que o mérito de tema jamais venha a ser analisado pelo STF, sendo que o Enunciado 331, continua e continuará a produzir seus jurídicos efeitos, como verdadeira norma.

Resta, pois, diante da atual aplicabilidade da súmula, e do panorama vindouro, adequar-se a realidade apresentada, buscando dar-lhe efeitos de maneira a que proteja o empregado, sem, contudo, deixar de zelar pelo interesse público que rege os passos da Administração Pública, buscando-se também o respeito aos princípios constitucionais inscritos no art. 37, XX, da Lex Legum.

## 5.2 As três correntes sobre responsabilização da Administração Pública;

Como já afirmado anteriormente, a Constituição de 1988 traz uma peculiaridade no que se refere à responsabilização da Administração Pública em ocasiões de terceirização. A Carta Magna deduziu a prévia aprovação em concurso público como requisito essencial para investidura em cargos e empregos públicos, bem como em empregos em entes estatais que exploram atividades econômicas, considerando nulo o ato de admissão efetuado com inobservância desse requisito.

Logo, há óbice ao reconhecimento de vínculo empregatício com entes estatais, ainda que a terceirização seja considerada ilícita. Nestes casos, portanto, a forma passa a ser de essência do ato.

Com o preceito do concurso público, pretendeu a Constituição estabelecer uma garantia em favor de toda a sociedade, em face de tradições fortemente patrimonialistas das práticas administrativas. Tal garantia está fundada no valor de que a coisa pública sintetiza os interesses de toda a coletividade, em sobreposição aos interesses particulares.

A vedação constitucional, como já mencionado, foi encampada pelo Enunciado 331, contudo o tema ainda não se pacificou inteiramente na jurisprudência e doutrina, sendo que existem três posições interpretativas sobre o tema.

Em um primeiro extremo, sustenta-se a interpretação de que na media em que a terceirização ilícita por entidades estatais não gera vínculo empregatício, não teria ela também aptidão para produzir qualquer diferença justralhista em benefício do trabalhador ilicitamente terceirizado<sup>9</sup>.

Não se trata de negar comunicação remuneratória à terceirização lícita, mas de negar comunicação remuneratória à pratica de terceirizar ilicitamente, beneficiando os sujeitos favorecidos pela ilicitude perpetrada, o que é grave, do ponto de vista da cultura jurídica contemporânea.

A segunda posição quer evitar o resultado final perverso alcançado pela primeira vertente. Mas situa-se no pólo extremado oposto, suplantando texto constitucional expreso vedatório de vínculo empregatício sem concurso público.

---

<sup>9</sup> Delgado, Mauricio Godinho, Curso de Direito do Trabalho, LTR, 2004, 3ª Edição, p.p 458-459

Sustenta essa corrente que a prática ilícita não poderia trazer benefício a quem já foi por ela economicamente favorecido. Desse modo, considera que a presente situação não escapa à situação padrão de nulidade no Direito do Trabalho, sofrendo efeitos comuns ao ramo justralhista, ou seja, convalidam-se todos os atos praticados, conferindo-se validade ao vínculo jurídico com o ente estatal tomador dos serviços, que assume, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada.

A terceira corrente adota caminho hermenêutico que se coloca em linha eqüidistante às duas outras. Por esta corrente, a primeira vertente tem o mérito de conferir eficácia ao comando constitucional inquestionável de negativa do vínculo empregatício sem concurso público, mas padece da falha de compreender que pode a ordem jurídica conferir tratamento privilegiado ao ato ilícito. Já a segunda vertente teria o mérito de buscar alternativas para que o ato ilícito trabalhista não favorecesse irrefreadamente aquele que já foi beneficiado pelo trabalho despendido; Em contrapartida padece da falha de fazer absoluta tabula RSA do texto constitucional, negando qualquer mínima eficácia à salutar vedação nele contida.

A corrente intermediária tornou-se relativamente prestigiada na jurisprudência e doutrina. Ela considera que o primeiro passo é não se negar validade e eficácia à Constituição e o preceito do concurso público, sob pena de nulidade absoluta da relação jurídica surgida. Nesse sentido é que se compreende a interpretação proposta pelo Enunciado 331, II.

Defende a corrente intermediária que, em não se negando o preceito ético do art. 37, caput, II e §2º, da CF/88, deve-se buscar a observância do princípio isonômico (art. 5º, caput, e inciso I; art. 7º, XXXII, CF/88) no núcleo da relação jurídica trabalhista pactuada, afastando-se os efeitos perversos da terceirização ilícita.

O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse igual função. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiário. Em consonância o Enuncia 331, IV autorizaria a responsabilização direta por essas verbas do empregador formal (entidade terceirizante), já o ente estatal que toma os serviços responderia apenas subsidiariamente. Tudo sem afronta à essencial vedação do art. 37 da CF/88, e sem negativa da eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado à Carta de 88.

#### 5.2.1 A teorias das nulidades e o concurso público

Dentre as matérias polêmicas no âmbito do Direito do Trabalho, uma delas tem sido motivo de divergência jurisprudencial. Trata-se dos efeitos jurídicos decorrentes de um contrato de trabalho eivado de nulidade, particularmente no que se refere à contratação para o serviço público, após o advento da Constituição Federal vigente, sem prévia aprovação em concurso.

É inquestionável que a investidura em cargo ou emprego público, sem anterior aprovação em concurso é nula de pleno direito, conforme mandamento expresso do art. 37, II, § 2º, da CF/88, e isto significa, obviamente, que o ato de admissão é natimorto, não existindo para o mundo do direito. A imposição de prévio certame como *conditio sine qua non* para o ingresso no serviço público é, sem dúvida, fator relevante para possibilitar o acesso ao quadro de servidores do povo, em igualdade de condições, de todo cidadão brasileiro que preencha os requisitos exigidos por lei, constituindo-se em elemento moralizador do processo de seleção dos candidatos.

Essa exigência constitucional visa a impedir práticas viciosas e arraigadas nas entranhas da Administração Pública, evitando-se o clientelismo e nepotismo. Tratando da matéria, ensina Hely Lopes Meirelles:

**"...O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se a moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos."  
(In Direito Administrativo Brasileiro, 18a ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, - Malheiros Editores Ltda., 1993, pág. 375).**

Se por um lado o ato de contratação irregular nem chegou a ver a luz do mundo jurídico, não se pode negar a geração de efeitos em decorrência da prestação de serviços, no que diz respeito ao pagamento de salário, por representar a contraprestação pecuniária correspondente ao trabalho realizado. Nesse sentido é a lição de Délio Maranhão:

**"Atingindo a nulidade o próprio contrato, segundo os princípios do direito comum, produziria a dissolução 'ex tunc' da relação. A nulidade do contrato, em princípio, retroage ao instante mesmo de sua formação. 'Quod nullum est nullum effectum producit'. Como consequência, as partes devem restituir tudo o que receberam, devem voltar ao 'status quo ante', como se nunca tivessem contratado. Acontece, porém, que o contrato de trabalho é um contrato sucessivo, cujos efeitos, uma vez produzidos, não podem desaparecer retroativamente. Evidentemente, não pode o empregado 'devolver' ao empregado a prestação de trabalho que este executou em virtude de um contrato nulo. Assim, não é possível aplicar-se, no caso, o princípio do efeito retroativo da nulidade. Daí por que os salários, que já foram pagos, não devem ser restituídos, correspondendo, como correspondem, à contraprestação de uma prestação definitivamente realizada. E se o empregador ainda os não pagou? O direito não admite que alguém se possa enriquecer sem causa, em detrimento de outrem. Se o trabalho foi prestado, ainda que com base em um contrato nulo, o salário há de ser devido: o empregador obteve o proveito da prestação do empregado, que, sendo, por natureza, infungível, não pode ser 'restituída'. Impõe-se, por conseguinte, o pagamento da contraprestação equivalente, isto é, do salário para que não haja enriquecimento ilícito."  
(Instituições de Direito do Trabalho - Arnaldo Süssekind, Délio**

**Maranhão, Segadas Vianna.-14 ed.- São Paulo: Ltr, 2002, p. 243/244).**

Caminhando em similar sentido, a Súmula 363 do TST que aduz:

**TST Súmula 363. Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos**

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Como se vê, para os casos de contratação direta pela Administração, de servidor ou empregado sem a observância do prévio do concurso público, a jurisprudência já caminhou para reconhecer a nulidade do contrato havido, porém pugnando pela responsabilização do ente estatal quanto ao pagamento de diversas verbas inerentes a relação de emprego, embora não todas.

Parte da doutrina critica a súmula, afirmando que a forma como foi redigida estimula as contratações irregulares. Para essa parcelada doutrina, que tem entre seus integrantes Francisco Antonio de Oliveira, embora não se deva reconhecer o vínculo direto com a Administração, todos os consecutórios trabalhistas e estatutários devem ser pagos ao particular contratado sem concurso, como se servidor ou empregado fosse, embora a relação contratual não possa continuar, já que eivada de nulidade.

Parece correto tal posicionamento. É bastante difundido na doutrina e jurisprudência trabalhistas que em casos de contratos nulos, como do empregado menor de 14 anos, que não pode sequer gozar da condição de aprendiz, o contrato apesar de nulo, gera efeitos como se válido fosse o vínculo empregatício havido entre as partes. Sendo nulo, e mais proibido, a relação deve ser interrompida, contudo todo o período anterior, em que houve efetiva contraprestação, e em decorrência da hipossuficiência do trabalhador.

Assim, não há razão para que a nulidade dos contratos de emprego, gerem determinados efeitos em alguns casos (contratação sem concurso) e diferentes efeitos em outros (contratação de menores de 14 anos). Se é certo que tais situações estão permeadas de imoralidade, pior seria a situação de incomunicabilidade de todos os direitos trabalhistas ao empregado, correspondentes ao tempo em que efetivamente dispôs ao empregador suas energias vitais e forças biológicas. Além da imoralidade incidente, haveria também inversão dos fundamentos protetivos do Direito do Trabalho.

Não bastasse isso, seguir raciocínio diverso desaguardaria no enriquecimento sem causa do ente público, que se beneficiaria pelo cometimento de ato ilícito

Tal conclusão poderia e deveria ser aplicada aos casos de terceirização ilícita pelos mesmos fundamentos. Se na terceirização ilícita o empregador aparente cumpre a função de mera intermediação irregular da mão-de-obra, quando em verdade todos os elementos da relação de emprego permanecem entre tomador e funcionário terceirizado, deve-se eliminar a figura do intermediário do modelo hipotético, trazendo-se toda a teoria do contrato nulo para o escopo da relação jurídica havida entre terceirizado e ente estatal tomador de serviços.

Assim equivoca-se a segunda corrente sobre terceirização na Administração, ao afirmar que aplicando-se a teoria das nulidades do Direito do Trabalho, convalidam-se todos os atos praticados, conferindo-se validade ao vínculo jurídico com o ente estatal tomador dos serviços, que assume, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada, significando reconhecimento da relação de emprego. Justamente por ser nula a relação, não haverá jamais reconhecimento da relação de emprego, não se transmitindo a eventual estabilidade ou necessidade de demissão mediante motivação, mas deverão ser pagos ao terceirizado todos os haveres trabalhistas diretamente pela Administração, como se empregado ou servidor seu fosse.

Na lição de Délio Maranhão na obra acima citada, resta claro que outro óbice ao reconhecimento de qualquer efeito ao contrato nulo ocorre quando o objeto do contrato é ilícito, e o empregado conhecia previamente tal ilicitude.

A empresa que dispôs a mão-de-obra terceirizada, como participou da relação fraudulenta, deveria também responder diretamente pelas verbas trabalhistas em solidariedade com a Administração, mas essa questão particular será melhor estudada em outro tópico.

#### 5.2.1.1. As Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista Exploradoras de Atividade Econômica.

As entidades estatais exploradoras de atividade econômica, por suas próprias peculiaridades desempenham fundamental papel no tema da terceirização. Como atuam em regime de competição com os demais particulares, acabam por se valer dos mesmos processos de descentralização empresarial, buscando foco na atividade principal e estratégica da empresa, para que possam atuar em igualdade com os demais *players* do mercado em que atuam.

De acordo com Hely Lopes Meirelles<sup>10</sup>, que aplica a denominação genérica de ***empresas estatais ou governamentais*** para tratar das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das empresas que, não tendo as características destas, estão submetidas ao controle governamental. Explica que estas últimas, na verdade, surgiram no mundo jurídico nacional em momento expansionista do Estado Brasileiro, em que empresas estatais foram adquirindo outras, cujos objetos sociais eram depois adaptados aos interesses do Poder Executivo.

---

<sup>10</sup> Mierelles, Helly Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 18ª Edição p.. 255

Na busca de conceituar as empresas estatais ou governamentais, Hely Lopes Meirelles concluiu o seguinte:

***As empresas estatais são pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para a prestação de serviço público ou para a execução de atividade econômica de natureza privada.***

Como bem citado acima, empresa pública e sociedade de economia mista, espécies de ***empresas estatais ou governamentais***, nada mais é que uma pessoa jurídica de Direito Privado, cuja criação é autorizada por lei específica, para que o Estado, de forma descentralizada, possa alcançar os fins a que se propõe, seja na consecução de serviços públicos, seja para o desempenho de atividade econômica por motivo de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo.

São traços comuns às empresas públicas e sociedades de economia mista a criação e extinção por lei; a personalidade jurídica de direito privado; a sujeição ao controle estatal; derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público; vinculação aos fins definidos na lei instituidora, bem como o desempenho de atividade de natureza econômica. Contudo, duas são as principais diferenças entre sociedade de economia mista e empresa pública, qual seja, a forma de organização e a composição do capital.

Assim, cumpre esclarecer que empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, criadas pelo Poder Público após autorização legislativa específica, cujo capital é exclusivamente público, para a prestação de serviço público ou a **realização de atividade econômica** de relevante interesse coletivo, igualando-se, para tanto, à iniciativa privada, podendo, ainda, revestir-se de qualquer forma e organização empresarial.

O que caracteriza a empresa pública é seu capital exclusivamente público, tendo como exemplo clássico a Caixa Econômica Federal e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Já a sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica de Direito Privado, com participação do Poder Público e de particulares em seu capital e na sua administração, para a **realização de atividade econômica** ou serviço público outorgado pelo Estado. Reveste a forma das empresas particulares, admite lucro e rege-se pelas normas societárias mercantis, com as adaptações impostas pelas leis que autorizarem sua criação e funcionamento.

Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro:

22.841.76 TLT\*[(

## 5.2.2 Direitos do empregado/servidor x terceirizados;

A terceirização, mesmo a lícita, provoca naturalmente o debate acerca do tratamento isonômico aplicável ao obreiro terceirizado em face de trabalhadores diretamente admitidos pela empresa tomadora de serviço. Esse debate já ganhou resposta quando se tratar de trabalho temporário, já que a Lei 6.019/74, dá tratamento equitativo entre os temporários e empregados diretos.

Tal preceito de isonomia ou de comunicação remuneratória passou a ser interpretado pela jurisprudência na devida extensão. Assim, todas as parcelas de caráter salarial cabíveis (13º salário, jornada, adicional noturno, vantagens salariais normativas, etc.) foram estendidas aos trabalhadores terceirizados, segundo o padrão jurídico da Lei 6.019, quando se trata de temporários.

Há, contudo, divergência jurisprudencial quanto à aplicação do princípio isonômico às demais hipóteses de terceirização. Mantém-se ainda que em se tratando de terceirização lícita, não há comunicabilidade de igualdade remuneratória ou de direitos entre terceirizado e empregado próprio do tomador, embora tal posicionamento mereça críticas por parte da doutrina.

No que se refere a terceirização ilícita, há divergência, mas existe corrente jurisprudencial e doutrinária que defende a isonomia de empregados do tomador e empregados terceirizados na mesma monta do caso envolvendo o trabalho temporário.

Em se tratando de Administração Pública que se utiliza de empregados ou servidores regidos pela Consolidação das Leis do trabalho, não há dificuldade de aplicação dessa vertente, contudo, em se tratando de servidores estatutários, torna-se mais difícil o tratamento isonômico.

Por certo, como já se disse, em se tratando de terceirização ilícita manejada por entes estatais, não há geração de vínculo com direto, pela nulidade que surge da ausência de concurso público. Assim, ausente o concurso público, uma série de

haveres e direitos que são consequência específica da formação do vínculo direto com a Administração, acabam por não acontecer, mesmo em se defendendo o tratamento isonômico que deve ser dado a terceirização. Apenas os direitos que não se incompatibilizam com a ausência de vínculo e se compatibilizam em aplicação dos sistemas celetista e estatutário, é que se comunicarão ao terceirizado (valor da remuneração, por exemplo).

Se, contudo, não há no quadro funcional do tomador, cargo ou função equiparável à exercida pelo obreiro terceirizado, resta ausente a igualdade, sendo impossível o tratamento isonômico.

### 5.2.3 Responsabilidade Direta da Administração. Solidariedade e Subsidiariedade.

Como já abordado em tópico anterior, friso que a fórmula adotada pelo Enunciado 331 para responsabilização da Administração Pública, em casos de terceirização ilícita, não cumpre a finalidade protetiva do Direito do Trabalho, beneficiando o ente estatal que pratica irregularidade em sede trabalhista.

Nesta monografia, é defendida a posição de que deve ser responsabilizado diretamente a Administração Pública, utilizando-se a fórmula que não foge à aplicação da teoria das nulidades em Direito do Trabalho, tratando o obreiro terceirizado em situação equiparável a como se vínculo direto houvesse com a Administração. Por certo que se trata de mera equiparação, pois só se equipara aquilo que efetivamente não é igual ao que se pretende equiparar. Mesmo assim, essa responsabilização direta por equiparação, não surtiria efeitos próprios daquele que dispõe de vínculo direto legítimo com o ente estatal.

A aplicação da nulidade trabalhista, por si só já leva a essa conclusão, pois, sendo nulo o vínculo, apesar de lhe serem reconhecidos efeitos jurídicos, mas será possível o reconhecimento da continuidade da situação irregular, essa deverá cessar imediatamente, isto é, retirando-se a empresa intermediadora de mão-de-obra da relação, haveria, por aplicação dessa teoria, responsabilização direta da

Administração por todos os haveres trabalhistas equiparáveis aos direitos recebidos por empregados ou servidores diretos, excluindo-se, por óbvio, os diretamente conseqüentes do vínculo direto, como a eventual estabilidade do funcionário público, direitos estatutários não compatíveis com o regime celetista, e eventual necessidade de motivação para o ato de demissão.

A responsabilidade subsidiária integrante da súmula do TST, portanto, no que se refere à Administração Pública, só surte efeitos significativos em se tratando de terceirização lícita, em que o Estado responde por *culpa in eligendo* ou *in vigilando* na contratação da empresa fornecedora de mão-de-obra.

Ressalte-se que mesmo entendendo ser salutar a criação da responsabilidade subsidiária, não há qualquer norma que a autorize, restando ferido, assim, o princípio da legalidade. Se a base da responsabilização do tomador de serviços é a responsabilidade civil subjetiva, essa responsabilidade é direta, e não subsidiária.

Ocorre, contudo, que se o tomador, ente estatal ou não, fosse diretamente responsabilizado, a empresa que participa da fraude ou que desrespeita direitos trabalhistas de seus empregados, não poderia ser responsabilizada, já que não há qualquer norma que aplique a solidariedade ao caso. Essa é a conclusão a que se chega, na medida em que conforme o nosso Código Civil, a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes. Haveria assim, transferência total da responsabilização de um sujeito (empregador) para outro (tomador).

Assim, como há óbice ao reconhecimento da responsabilidade solidária sem norma ou convenção que a estabeleça, optou-se por criar essa modalidade subsidiária de responsabilização, em que não haveria o obstáculo, e se permitiria que se reconhecesse, tanto a responsabilidade da tomadora, como da empresa que loca a mão-de-obra. Parece, contudo, equivocado o entendimento segundo o qual a responsabilidade subsidiária prescinde de norma ou convenção. Os exemplos de responsabilidade subsidiária, como nos casos de fiança ou os previstos na legislação tributária, são decorrentes de norma jurídica. Ademais, para parte da doutrina que tem entre seus representantes Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze, a responsabilidade

subsidiária nada mais é do que espécie do gênero responsabilidade solidária<sup>11</sup> e seguindo esse raciocínio, necessitaria também de norma autorizativa ou ajuste entre as partes.

O TST, assim, criou forma de responsabilização de ambos os participantes dos danos ao empregado, o que é louvável, porém, afrontou o princípio da legalidade insculpido em nossa Constituição Federal.

No que se refere à responsabilização da Administração Pública pela prática de terceirização ilícita, a melhor solução seria que pudessem ser solidariamente responsabilizadas a empresa prestadora de serviços e a tomadora de serviços. Contudo, como há óbice jurídico à responsabilização solidária das duas, somente a Administração responderia pelos haveres trabalhistas, salvo se fosse estabelecida a solidariedade ou subsidiariedade no contrato civil ajustado com a empregadora aparente (prestadora de serviços.).

### 5.3 Teoria do Enriquecimento Sem Causa;

Em tópico anterior deste trabalho, foi defendido a aplicação da teoria das nulidades no Direito do Trabalho para responsabilização específica da Administração Pública na ocorrência de terceirização ilícita.

Foi mencionado que a atual solução dada pelo Enunciado 331, incisos II e IV, não atinge ao fim pretendido, qual seja, o de penalizar e impedir terceirizações irregulares apenando o ente estatal que se vale da terceirização irregular. A atual fórmula encartada na súmula de jurisprudência, assim como doutrina dominante, com a justificativa de evitar desrespeito a moralidade e impessoalidade administrativas,

---

<sup>11</sup> Pamplona Filho, Rodolfo e Gagliano, Pablo Stolze, Novo curso de Direito Civil – Obrigações, Volume II, Editora Saraiva, 2002, São Paulo, pág. 75

pugnando pela não criação de vínculo, acabam por não enxergar o amplo espectro de possibilidades de aplicação da teoria das nulidades, e a ilicitude consubstanciada no enriquecimento sem causa do tomador estatal, gerada pelo verbete.

E qual seria a razão da aplicação da corrente dominante consubstanciada no Enunciado 331, gerar o enriquecimento indevido? Para tanto, precisa-se primeiro conceituar o instituto civilista.

É freqüente que uma parte se enriqueça, isto é, sofra um aumento patrimonial, em detrimento de outra. Pode ocorrer, contudo, que esse enriquecimento opere-se sem fundamento, sem causa jurídica legítima, desprovido de conteúdo jurígeno. Nessas situações sob enfoque, é curial que ocorra um desequilíbrio patrimonial, que um patrimônio aumente em detrimento de outro, sem base jurídica (pagamento de dívida inexistente, pagamento a quem não é credor, construção de boa-fé sob o terreno de outrem, etc.) A função primordial do direito, é justamente manter o equilíbrio social, como fenômeno de adequação social.

Assim, conforme artigo 884 do Código Civil, há enriquecimento injusto sempre que houver vantagem de cunho econômico, sem justa causa, em detrimento de outrem, podendo ser objeto do enriquecimento coisas corpóreas ou incorpóreas<sup>12</sup>.

A vantagem de um patrimônio deve resultar no empobrecimento de outro, sem causa justa, de modo a configurar o locupletamento indevido.

Ora, sabe-se que em sua grande maioria as terceirizações ilícitas são formas de precarização das relações de trabalho. Tal conclusão apóia em diversas decisões judiciais e relatórios de fiscalização do TCU, tratando-se de Administração Pública. O obreiro ilicitamente terceirizado quase sempre recebe menos, tem reduzidos direitos, em relação ao empregado ou servidor formal do tomador de serviços. Assim, para o mesmo trabalho que tem um determinado valor, presentes a personalidade e subordinação em ambos, para o trabalho terceirizado reduz-se significativamente os ganhos sociais e econômicos do terceirizado.

---

<sup>12</sup> Venosa, Silvio de Salvo, Direito Civil – Parte Geral, Atlas, 6ª Edição, 2006, p.p 560-562

Logo, nesses casos em que a regra em terceirização ilícita, há manifesto enriquecimento sem causa, sem base jurídica, pela Administração, que se apropria do trabalho do obreiro terceirizado ilicitamente, sem lhe retribuir com a contraprestação justa e isonômica. A mera responsabilização subsidiária do ente estatal, pelo não pagamento dos haveres ajustados com a empresa prestadora de serviços terceirizados, que já confere valor menor ao mesmo trabalho desempenhado por funcionários de carreira no ente estatal, portanto, não impede, ao contrário incentiva o locupletamento injusto do tomador.

Assim, a solução de conferir ao obreiro terceirizado, situação análoga ao funcionário de carreira, no que diz respeito a responsabilização da Administração por haveres trabalhistas, quando for possível a comunicabilidade de direitos, sem que contudo, haja reconhecimento de vínculo, é situação que melhor se coaduna com os fins do Direito.

Existem, porém, situações excepcionais em que a terceirização ilícita, confere maiores ganhos ao terceirizado, do que ao funcionário direto da Administração. São situações em que se quer, na verdade, perpetuar o nepotismo e o clientelismo. Nesses casos, a aplicação da teoria das nulidades, em conjunto com o instituto da compensação, pode levar ao resultado de que nada será devido ao obreiro que se locupletou indevidamente da Administração Pública.

#### 5.2.4 Teorias do Abuso de Direito.

Outra consideração que deve ser levada para debate, está fundada na assertiva de que a aplicação do Enunciado 331 no âmbito da terceirização ilícita realizada pelo Poder Público, como defendido por alguns, gera sua verdadeira **irresponsabilização**. A aplicação do verbete jurisprudencial, a pretexto de instalar uma garantia para toda a sociedade, da forma como está, acaba por beneficiar a própria torpeza da Administração.

A garantia da sociedade deságua na criação do direito que tem o Poder Público, de não ter reconhecido o vínculo de emprego com o trabalhador terceirizado ilicitamente, direito este que incentiva o seu exercício abusivo, na medida em que o custo da responsabilização preconizada pela súmula vem sendo objeto de precificação nos contratos da Administração e maior precarização das condições de trabalho.

Nessa direção, é preciso definir o que é o abuso de direito, mais uma vez socorrendo-se do Código Civil e seu artigo 187.

É preciso ressaltar de pronto, que o abuso do direito vem configurado no Código Civil cõo categoria de ato ilícito, gerando, portanto o dever de indenizar. Todavia, a noção inicial de abuso de direito não se situa, nem deve se situar, em textos de direito positivo. A noção é supra legal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Extrapolar os limites de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda, em virtude de consistir em violação a princípios de finalidade da lei e da equidade.

No vocábulo abuso encontramos sempre a noção de excesso. Ocorre abuso quando se atua aparentemente dentro da esfera jurídica, daí ser seu preceito aplicável em qualquer esfera jurídica.

No abuso do direito, pois, sob máscara de ato legítimo esconde-se uma ilegalidade. Trata-se de ato jurídico aparentemente lícito, mas que, levado a efeito sem a devida regularidade, ocasiona resultado tido como lícito.

Portanto, o titular de uma prerrogativa jurídica de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre em ato abusivo. Esse é precisamente o sentido objetivo dado ao abuso de direito pelo artigo 187 do Código Civil.

Conceituado o abuso de direito, cabe aqui lembrar que a aplicação do Enunciado 331 não traz como conseqüência para a prática de terceirização ilícita pela

Administração, a mesma da terceirização lícita, qual seja a responsabilização subsidiária por débitos trabalhistas do tomador de serviços, desde que participe da relação processual de cobrança e conste no título judicial, o que equivale a dizer que não há qualquer conseqüência para terceirização ilicitamente realizada pela administração.

Neste diapasão, origina-se um direito do ente estatal, de não ter contra si a conseqüência penal e didática da terceirização ilícita, fundada na garantia de toda a sociedade que se materializa através do vínculo de emprego exclusivamente precedido de concurso público. Sabedores da ausência de penalização efetiva, a Administração acaba por utilizara deste verdadeiro direito, de forma abusiva, contra seus fins sociais, e contrários aos fins sócio-protetivos do Direito do Trabalho.

Quantifica-se o risco da responsabilização subsidiária nos contratos civis de terceirização irregular, e pratica-se o ato que se buscava reprimir com a súmula de jurisprudência.

Logo, pensando-se nessas terceirizações amplamente praticadas como um exercício abusivo, deveria a doutrina e jurisprudência preocupar-se em dar-lhe tratamento adequado a evitar a prática ilícita. É precisamente nesse sentido, que mais uma vez, parece ser razoável a aplicação da teoria da formação de contrato nulo com Poder Público, com suas conseqüências, exceto aquelas diretamente dependentes do reconhecimento do vínculo direto, já que está não ocorrerá. A nulidade, por si só, já é impeditiva do reconhecimento de vínculo empregatício ou estatutário, do obreiro terceirizado com o tomador estatal.

## 6 Visão do Tribunal de Contas da União sobre a Terceirização.

Se por um lado, é defendido neste trabalho monográfico, um posicionamento mais rigoroso quanto à responsabilização da Administração Pública, pela perpetração de terceirizações ilícitas, por outro, com base no recente e famoso Acórdão n.º 2132/2010 do TCU, que procura dar parâmetros para regularização e determinar a substituição por dos obreiros ilicitamente terceirizados em diversas empresas estatais, por funcionários de carreira; deve ser discutido qual o que verdadeiramente resta caracterizado como terceirização lícita/ilícita, notadamente no aspecto de diferenciação entre atividades-meio e atividades-fim..

O Tribunal de Contas da União, já há alguns anos vem atuando em seu mister de fiscalizar as contratações de mão-de-obra irregular por empresa interposta, com base nos limites de estatuídos para gastos públicos, princípios da moralidade, pessoalidade, probidade, legalidade entre outros.

O TCU, vem determinando há Administração Pública direta e indireta, a substituição de terceirizados por servidores ou empregados públicos, quando encontra irregularidades nas terceirizações. Tem usado para balizar suas decisões, os conceitos de terceirização há muito conhecidos e sumulados na Justiça do Trabalho.

Nesse sentido:

### **Identificação**

Acórdão 1520/2006 - Plenário

### **Número Interno do Documento**

**AC- 1520-34/06-P**

### **Ementa**

REPRESENTAÇÃO. PESSOAL. SUBSTITUIÇÃO DE TERCEIRIZADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL POR SERVIDORES CONCURSADOS. PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS ANTERIORMENTE CONCEDIDOS PELO TCU.

(...);

## “2. DA TERCEIRIZAÇÃO DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

2.1 Segundo o Ministério do Trabalho, ‘terceirização é a contratação de serviços por meio de empresa, intermediária entre o tomador de serviços e a mão-de-obra, mediante contrato de prestação de serviços.’ (Terceirização: trabalho temporário: orientação ao tomador de serviços: apresentação de Vera Olímpia Gonçalves. - Brasília : MTE, SIT, 2001). A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o contratante destes.

2.2 Na esfera privada, a terceirização vem sendo adotada em larga escala pelas grandes empresas, que procuram concentrar suas estratégias nas atividades-fim, como forma de viabilizar seu crescimento sem perda da competitividade. Assim, os serviços atinentes à área-meio são em grande parte, quando não totalmente, terceirizados.

2.3 Pode-se definir como atividade-meio aquela não representativa do objetivo da empresa, desfragmentada, portanto, de seu processo produtivo, configurando-se como serviço necessário (paralelo ou secundário), porém não essencial. A atividade-fim é aquela que compreende as atividades essenciais e normais para as quais a empresa se constituiu. Seu objetivo é a exploração do seu ramo de atividade expresso em contrato social.

2.4 A terceirização de mão-de-obra é objeto de permanente controvérsia, dando origem a grande número de ações na Justiça do Trabalho. A esse respeito, a principal síntese jurisprudencial é representada pelo Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, de 17/12/1993, que dispõe, verbis:

(...);

2.10 Em face da permissão legal à terceirização no serviço público, faz-se necessário analisar seus limites. A terceirização sem freios configuraria fraude à disciplina constitucional para o provimento de cargos na administração pública mediante seleção por concurso público. O recurso à terceirização para a prática desse tipo de desvio é denunciado por Luciano Ferraz em sua obra ‘Lei de Responsabilidade Fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público. Jurídica Administração Municipal, ano VI, nº 3, março 2001, p. 24’, nos seguintes termos:

‘O grande problema surgido em torno da terceirização, principalmente a partir da vigência da atual Constituição Federal, foi a sua utilização como válvula de escape à realização de concursos públicos, com vista a contornar a regra do art. 37, II, da Constituição.’

2.11 Parece-nos bastante claro que o atual ordenamento legal exclui a possibilidade de terceirização da própria atividade-fim do órgão da administração. Os órgãos públicos não podem delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua própria razão de ser, sob pena de burla à exigência constitucional do concurso público para o acesso ao cargo, e, ainda, à própria lei trabalhista.

(...);

4.1 A consulta à jurisprudência desta Corte de Contas revela diversos casos em que o TCU se manifestou sobre a terceirização de serviços na administração pública em casos concretos. O entendimento é unânime no sentido de que a terceirização somente pode ocorrer nos limites definidos legalmente, não se admitindo a terceirização de serviços atinentes à área finalística dos órgãos e entidades. Nessa linha, trazemos excerto do basilar Voto do Ministro Marcos Vileça, que acompanhou o Acórdão 2.085/2005-Plenário”

Essa vinha sendo a base constante dos relatórios que influenciavam os votos proferidos pelos Ministros integrantes do TCU por reiteradas vezes. Assim, tanto o relatório quanto os votos guardavam estreita similitude à jurisprudência trabalhista dominante, no que se refere aos requisitos determinantes da terceirização lícita ou ilícita.

Ocorre, contudo, que com o relatório do Acórdão 2132/2010 - embora não tenha sido este determinante - para influenciar nas razões dos votos proferidos no referido acórdão, traz novas reflexões sobre o tema.

A auditoria que originou a decisão pesquisou e fiscalizou centenas de contratos de mão-de-obra terceirizada no âmbito de empresas estatais sujeitas ao MPOG (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) e DEST ( Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, tais como o BNDES, Petrobrás, Eletrosul, etc. Contém a seguinte ementa:

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA. VERIFICAÇÃO DA CONFORMIDADE DOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NAS EMPRESAS ESTATAIS. CONSTATAÇÃO DE TRABALHADORES TERCEIRIZADOS OCUPANDO POSTOS DEVIDOS A EMPREGADOS CONCURSADOS. AFRONTA AO ART. 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SITUAÇÃO VERIFICADA PELO TRIBUNAL EM OUTRAS OPORTUNIDADES. FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA PELO PODER

EXECUTIVO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DECRETO Nº 2.271/1997 E DO ENUNCIADO DA SÚMULA TST Nº 331. RECONHECIMENTO DE PARTICULARIDADES AFETAS ÀS EMPRESAS ESTATAIS RELACIONADAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DIANTE DO CASO CONCRETO. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA A DIVERSAS AUTORIDADES DOS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO. ARQUIVAMENTO. Salvo disposição legal ou regulamentar em contrário, os contratos de terceirização de mão-de-obra no âmbito das empresas estatais devem se orientar pelas disposições do Decreto nº 2.271/1997, em conjunto com o entendimento perfilhado na Súmula TST nº 331, reservando-se as funções relacionadas à atividade-fim da entidade exclusivamente a empregados concursados, em respeito ao mandamento exposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

A ementa do acórdão, por si só, já é peculiar, pois ao mesmo tempo que reconhece haver peculiaridades afetas às estatais que atuam em regime de competição, e para tanto devem adotar práticas empresariais eficientes condizentes com as levadas a cabo por seus competidores, observados os princípios da eficiência, proporcionalidade diante do caso concreto; ao final, pugna pela aplicação do Decreto 2.271/97 em conjunto com o Enunciado 331 do TST.

O mais interessante, porém, é conteúdo do relatório da auditoria ao analisar os contratos e práticas terceirizantes das empresas estatais. No relatório da auditoria feita na Petrobrás, surge uma proposta (não aceita) sobre como encarar o tema. Os trechos mais relevantes para compreensão dessa nova reflexão vêm destacados abaixo:

### *3. Auditoria de Terceirização na Petrobras*

#### *3.1 A Petrobras*

*A Petrobras é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério das Minas e Energia – MME, que opera principalmente nas áreas de exploração, produção e refino do petróleo. É a empresa holding do chamado Sistema Petrobras e possui diversas subsidiárias operando na comercialização e no transporte de petróleo e seus derivados, no Brasil e no exterior, sendo o sistema um grande agente de intervenção do governo federal no domínio econômico. Criada por meio da Lei nº 2.004/53, após quatro décadas de monopólio legal, passou a competir em 1997 com outras empresas quando a edição da Lei nº 9.478 permitiu à iniciativa privada participar das atividades da indústria petrolífera. A Petrobras foi criada tendo como objeto ‘a pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte do petróleo’. A partir de 1962, a empresa passou a atuar diretamente na área de*

distribuição de derivados. Em 1968 a estatal iniciou participação na indústria petroquímica, passando também a atuar, a partir de 1971, na distribuição de combustíveis e lubrificantes. Em 1972, iniciou atividades exploratórias em nível internacional e em abril de 2000 passou a ter nova organização, incorporando subsidiárias à estrutura da holding, sendo composta atualmente por seis áreas: quatro de negócios (Exploração e Produção – E&P, Abastecimento

(...);

*Interessante ressaltar que Petrobras atua em mercado altamente competitivo e apresenta elevados e crescentes lucros, não necessitando atualmente de aportes de capital por parte da União Federal, tampouco recebendo recursos oriundos do Tesouro Nacional para despesas de custeio ou com pessoal.*

(...);

### 3.2 Atividades-fim versus Atividades-meio, uma crítica.

*Conforme visto, esta auditoria visa avaliar a terceirização da atividade-fim dos entes da Administração Federal Indireta, no caso, da Petrobras. No decorrer dos trabalhos de campo, entretanto, a equipe de analistas do TCU, ao perceber a miríades de processos e subprocessos que uma empresa como a auditada realiza, deparou com severa dificuldade em diferenciar atividades-fim de atividades-meio, classificações que merecem maiores considerações. Para que a identificação de uma etapa do processo produtivo possa ser classificada como atividade-meio, deve ela ser desenvolvida como um serviço acessório, de apoio, que não comprometa o exercício das funções componentes daquilo que é tido como o cerne das ações da entidade, ainda que desenvolvida em unidades ou setores dedicados à atividade-fim. Sendo assim, a prestadora deve desenvolver atividade técnica independente da atividade da tomadora, com 'mecanismos próprios de operacionalização que prestam um concurso adicional a qualquer outra atividade empresarial', que não interfiram diretamente no processo de produção da tomadora. Por tal motivo, 'a empresa prestadora de serviços deve estabelecer os modos de sua operação com total desvinculação da empresa por quem é contratada, destacando-se dela não apenas quanto ao aspecto instrumental (...), mas também quanto àquele ligado ao pessoal'. Dessa forma, 'a classificação das atividades de uma empresa em atividade-fim e atividade-meio trata-se de questão de fato (quaestio facti)'.*

*Assim, o exame da regularidade da terceirização deve ser feito caso a caso, conforme a estrutura operacional de cada empresa.*

*Tomando como verdadeiras tais alegações, e considerando que, em regra, cada empresa é responsável pela organização de sua respectiva estrutura funcional, a conclusão que se tira é a de que seria a própria empresa a mais habilitada para definir materialmente o que venha a ser atividade-meio ou fim em seus processos. Essa conclusão, contudo, implica risco de que gestores da organização passem equivocadamente a considerar como terceirizáveis atividades estratégicas ou sensíveis para a estatal, assim definidas, respectivamente, as atividades dos principais atores dos*

*macroprocessos decisórios da empresa (de complexidade geralmente elevada e que influenciam positiva ou negativamente a execução dos planos estratégicos) e aquelas que, independentemente da complexidade em sua execução, interferem diretamente, positiva ou negativamente, nas atividades estratégicas.*

*De fato, restou claro à equipe do TCU que a conclusão quanto a quais atividades podem ou não ser terceirizadas na Petrobras passa pela identificação dos interesses dos diversos atores envolvidos na dinâmica empresarial, podendo servir de guia para tal identificação tanto o comportamento adotado por outras empresas da indústria (praxis do mercado) e as expectativas dos principais **stakeholders** da estatal (fornecedores, clientes, entrantes potenciais e substitutos), quanto o comportamento das **benchmarkers** e o entendimento dos agentes internos da empresa.*

*(...);*

### 3.3 Cenários da análise

*A partir da década de 90 do século passado e até o ano de 2001, houve um decréscimo no efetivo de trabalhadores da entidade de 60.028, em 1989, para 32.809 em 2001, queda também observada na maioria das estatais brasileiras. Segundo declarações dos gestores de pessoal da Petrobras, as políticas de governo da época eram no sentido de levar a estatal a implementar planos de demissão incentivada, a não efetuar a reposição de pessoal demitido ou aposentado e a reduzir os processos de admissão por concurso público, o que conduziu a organização a perda de parte do conhecimento acumulado por seu corpo funcional ao longo dos anos. Como, no mesmo período, a empresa apresentou elevado crescimento no volume de suas operações em todos os níveis, a falta de pessoal foi suprida em parte com a terceirização de serviços, elevando significativamente a inserção de empregados terceirizados. Para este trabalho, consideramos atividades-meio todas aquelas relativas a processos que, embora fossem permanentes e necessários à atividade da empresa, envolviam serviços de apoio ou acessórios às atividades diretamente ligadas às funções estratégicas ou sensíveis; ou seja, meros meios para a execução do negócio da empresa. Restam como atividades-fim, portanto, todas aquelas que têm como foco o processo produtivo da organização. Dessa forma, com vistas a subsidiar os trabalhos de investigação, a equipe elaborou, a partir de tais considerações e da interpretação sistemática das normas e da jurisprudência predominante, modelo acerca da matéria, traduzido na árvore de decisões em forma de fluxograma de dados (Anexo 2), em que são apresentados três possíveis cenários para terceirizações de serviços: terceirizações desejáveis, terceirizações possíveis e terceirizações vedadas. De acordo com o modelo:*

- são terceirizações desejáveis, a depender de estudos prévios da estatal que indiquem a conveniência e a oportunidade de tal conduta, (i) as de serviços temporários e (ii) as de serviços que envolvam atividades não-finalísticas da estatal que sejam inexistentes no PCS da mesma, quando seja moral, legal e comprovadamente eficiente a terceirização; são terceirizações possíveis, a depender de estudos prévios mais rigorosos que indiquem a conveniência e a oportunidade*

de tal conduta, (i) as de serviços não-finalísticos que envolvam atividades existentes no PCS da estatal, em que seja moral e comprovadamente legal e eficiente a terceirização, e (ii) em casos especiais, desde que seja moral, legal e comprovadamente eficiente a terceirização, de serviços (a) atípicos ou sazonais ou (b) para os quais não há pessoal capacitado nos quadros da estatal; • são terceirizações vedadas (i) as de serviços finalísticos contínuos (a serem prestados por trabalhadores contratados por tempo indeterminado ou para contratos por prazo determinado, após aprovação em concurso público), em que não é exigida notória especialização (ou esta é de caráter típico, elementar ou ordinário aos profissionais do processo que se deseja terceirizar) e para os quais há (ou deveria haver, em situações ordinárias) pessoal devidamente capacitado nos quadros da estatal, e (ii) as que impliquem, em qualquer caso, infração à lei ou às normas regulamentares vigentes, ou que venham de encontro aos princípios da moralidade ou da impessoalidade, ou ainda aquelas para as quais não restou comprovada previamente a eficiência da terceirização, de acordo com avaliações objetivas e mensuráveis tanto pela ótica econômica e financeira quanto humanista, social e ecológica.

Não se pode deixar de observar a possibilidade de existência de serviços integrantes de processos que, apesar de se associarem à atividade-fim da instituição, não possuem natureza sensível ou estratégica, apresentando características tais que sua contribuição para o aumento da lucratividade, agilidade e produtividade da organização os tornaria terceirizáveis, desde que atendidos os pressupostos de serem as contratações moralmente lícitas, legais e comprovadamente eficientes. Isto, contudo, não significa que a estatal esteja livre para terceirizar serviços da atividade-fim; ao contrário, tais hipóteses de terceirização

devem sempre ser consideradas exceções. Pelo modelo apresentado, a discussão quanto aos processos que podem ser desenvolvidos por trabalhadores terceirizados deixa de ter base apenas na dicotomia atividade-meio/atividade-fim para assentar alicerces também em considerações acerca da adequação quanto à eficiência da terceirização, bem como à legalidade e à moralidade da mesma.

(...);

#### 3.4 Terceirizações na Petrobras.

(...);

As reuniões da equipe de auditoria do TCU com as diversas áreas de gestão da Petrobras foram no sentido de examinar a contratação dos atuais trabalhadores terceirizados e a possibilidade de elevação do número de empregados 'primeirizados'. O principal pressuposto de licitude para a terceirização de serviços envolvendo mão-deobra é a ausência de subordinação jurídica e pessoalidade entre os trabalhadores terceirizados e a empresa tomadora de serviços. Em verdade, mesmo existindo, nos contratos analisados, preposto da prestadora encarregado formalmente de dirigir e fiscalizar a prestação de serviços de seus empregados à tomadora, em todos eles havia indícios de tal subordinação (constatados em entrevistas com gestores da estatal), visto o poder de comando sobre os empregados da prestadora estar, de fato, com gestores da tomadora.

(...);

## 5. Conclusão

*O presente relatório de auditoria, com vistas a avaliar possível infração ao inciso II do art. 37 da CF/88, a normas administrativas e a legislação trabalhista, bem como averiguar irregularidades na contratação de empresas prestadoras de serviços na Petrobras, com utilização indevida de mão-de-obra em atividades inerentes ao plano de cargos e salários da empresa, é acessório ao processo relativo à terceirização de mão-de-obra na Administração Indireta, eleita pelo TCU como um dos temas de maior significância para o exercício financeiro de 2007.*

*Os trabalhos desenvolvidos buscaram respostas para as seguintes questões de auditoria:*

*a) No âmbito das contratações de serviços existentes na empresa, quantos trabalhadores terceirizados estão executando tarefas típicas da atividade-fim?*

*b) Quantos trabalhadores terceirizados estão executando atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo Plano de Cargos e Salários da empresa?*

*c) Quantos trabalhadores terceirizados atuam sob condições de habitualidade, pessoalidade e subordinação a empregados da Petrobras?*

*d) Quantos postos de trabalho devem ser preenchidos mediante concurso público ou acrescidos ao plano de cargos e salários da empresa, com vistas a substituir o quantitativo de pessoal indevidamente terceirizado?*

*e) Quais os impactos da terceirização no processo de trabalho da entidade?*

*Quanto à primeira questão de auditoria, a equipe de investigação do TCU não foi capaz de identificar o número de trabalhadores terceirizados executando atividades finalísticas na estatal, em face da dificuldade de se identificar quais seriam, afinal, tais atividades no âmbito da estatal. Apesar de tal conclusão, não restaram prejudicados os objetivos da auditoria, uma vez que, no entendimento da equipe, a discussão quanto aos processos que podem ser desenvolvidos por trabalhadores terceirizados deixou de ter base apenas na dicotomia atividade-meio/atividade-fim para tê-las também na adequação quanto à eficiência da terceirização, bem como à legalidade e à moralidade da mesma. Nesse sentido, foram identificados cerca de 172 mil trabalhadores terceirizados na Petrobras, entre terceirizações regulares e irregulares. Quanto ao número de terceirizações irregulares, a equipe de auditoria infere que, somente na holding, sejam em torno de 57 mil, considerando apenas aqueles que executam atividades nas dependências da estatal, seja por estarem executando atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo PCS da empresa (segunda questão de auditoria), seja por atuarem sob condições de habitualidade, pessoalidade e subordinação em relação à normas e gestão da Petrobras (terceira questão de auditoria). Assim, considerando que cerca de 57 mil trabalhadores terceirizados atuam na estatal, de forma habitual, há mais de dois anos ininterruptos, executando atividades, em regra, afetas às descritas no PCS da empresa, a equipe reconhece que, em resposta à quarta questão de auditoria, o número de postos de*

*trabalho que devem ser preenchidos mediante concurso público ou acrescidos ao plano de cargos e salários da empresa, com vistas a substituir o quantitativo de pessoal indevidamente terceirizado, seja em torno dos mesmos 57 mil.*

*Tal conclusão, entretanto, merece ser melhor avaliada pela estatal, em vista dos seguintes aspectos:*

*1) Foco nos macroprocessos e processos: as discussões acerca do tema terceirização na Petrobras estão focadas, principalmente, na natureza da cadeia produtiva e nas atividades da estatal, e não nos macroprocessos e processos. Tal foco dificulta a compreensão do fenômeno da terceirização, uma vez que a solução para a questão precisa estar associada, simultaneamente, à natureza dos processos envolvidos, às áreas de competência envolvidas, aos lugares na cadeia produtiva em que esses processos se encontram, bem como às funções a serem exercidas pelo elemento para o qual se examina a possibilidade de terceirização;*

*2) Identificação dos processos e subprocessos: a equipe de fiscalização considera que, para uma melhor operacionalização da aplicação do instituto da terceirização da estatal, há necessidade que os processos produtivos que a empresa realiza ou deseja realizar nos próximos anos sejam mapeados, de forma a permitir uma terceirização mais eficiente;*

*3) Identificação das atividades estratégicas: há necessidade de identificação das atividades integrantes dos macroprocessos decisórios da empresa (bem como dos seus principais atores), de complexidade geralmente elevada e que influenciam positiva ou negativamente a execução dos planos estratégicos;*

*4) Identificação de atividades sensíveis: há necessidade de identificação das atividades integrantes de processos que, independentemente da complexidade em sua execução, interferem diretamente, positiva ou negativamente, nas atividades estratégicas (atividades sensíveis);*

*5) Identificação de serviços acessórios: há serviços integrantes de processos que não possuem natureza sensível ou estratégica, apresentando características tais que sua terceirização contribuiria para o aumento da lucratividade, agilidade e produtividade da organização, desde que atendidos os pressupostos de serem as contratações moralmente lícitas, legais e comprovadamente eficientes;*

*6) Posições vedadas à terceirização: há necessidade de avaliação e descrição taxativa dos lugares organizacionais para os quais não é possível a terceirização de serviços, assim entendidas as áreas:*

*a) onde ocorrem as atividades estratégicas e sensíveis;*

*b) de competência diferencial da empresa;*

*c) em que há funções baseadas no conhecimento de informações vitais;*

*d) em que há funções cuja missão seja o atendimento a obrigações legais de alta responsabilidade;*

*e) em que há funções críticas de negócio que possuam uma estrutura imprevisível de risco*

*(i) em que há funções vitais multidisciplinares que envolvam distintas áreas de negócio, críticas para a organização, (ii) em que há funções*

de negócio sujeitas a alto grau de influência de agentes exógenos ou políticos;

7) Identificação dos interesses dos diversos atores envolvidos na dinâmica empresarial, por meio da verificação do comportamento adotado e das expectativas:

a) de outras empresas da indústria (praxis do mercado);

b) dos principais **stakeholders** da estatal (fornecedores, clientes, entrantes potenciais e substitutos);

c) das **benchmarkers**;

d) dos agentes internos da empresa (empregados, gestores e diretores da estatal);

e) dos agentes externos da empresa (empresa prestadoras de serviços terceirizados e trabalhadores dessas empresas, bem como os respectivos sindicatos);

f) dos órgãos de controle (órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, o TCU e o Ministério do Trabalho);

g) do Governo Federal, na qualidade de acionista majoritário da empresa.

Após tais avaliações, deverá a estatal informar ao TCU os resultados alcançados, indicando o número de empregos que precisam ser criados e o cronograma previsto para as admissões.

No que se refere aos impactos da terceirização (quinta questão de auditoria) no processo de trabalho da entidade, a Petrobras informou que os serviços terceirizados representam substancial parcela dos esforços produtivos da empresa, tendo a vantagem de permitir flexibilidade na gestão dos negócios, implicando, contudo, risco de solução de continuidade no fluxo do conhecimento na empresa, ocasionando impacto negativo no estoque de 'inteligência' da organização. Apesar disso, amplia a permeabilidade da empresa a novos conhecimentos, na medida que permite maior rotatividade de pessoas em processos da estatal, permitindo o trânsito de profissionais com expertises que, em outras situações, não estariam ao alcance da empresa. Apesar de tais afirmações, a equipe de fiscalização não foi capaz de confirmar estas impressões, em virtude da falta, na estatal, de informações sistematizadas acerca dos efeitos que os contratos de terceirização de serviços celebrados causam nos processos da empresa.

Foi identificado pela equipe de auditoria que a Petrobras se ressentia da ausência de critérios para definir os serviços que deseja terceirizar. Foram identificados também, nos contratos analisados, fortes indícios de subordinação de empregados de empresas terceirizadas a gestores da estatal, pessoalidade nas relações destes trabalhadores com a estatal, bem como cargos nas prestadoras com mesma denominação, ou semelhante, às existentes no plano de cargos e salários da estatal.

De fato, as relações jurídicas estabelecidas por meio da terceirização já estão firmemente presentes na rotina das empresas nacionais. Portanto, há necessidade emergencial de tratamento à terceirização mais adequado por parte do Poder Legislativo, ajustando o ordenamento jurídico às novas realidades, bem como do Poder Executivo, regulamentando adequadamente a matéria e evitando que condutas patrimonialistas de determinados agentes no âmbito da empresa possam macular a imagem da companhia perante a sociedade. Não se pode deixar de ter em mente que, apesar dos

*poderes constitucionais previstos para os órgãos do Poder Judiciário (em especial, a Justiça do Trabalho), não são eles competentes para regulamentar tais situações em abstrato. Em verdade, deve ser evitado impor ao Judiciário a obrigação de legislar a matéria por meio de enunciados de súmulas, sob risco de esvaziamento das instituições que a Constituição criou e a quem determinou tal incumbência. Necessárias, portanto, a criação e a sistematização de uma legislação, bem como de normas regulamentares, que definam os limites claros para as práticas de terceirização no âmbito das empresas estatais, esclarecendo as formas pelas quais deverão desenvolver-se tais terceirizações.*

Do extenso relatório acima, se extrai que o pessoal de auditoria do TCU propõe uma nova visão quanto às terceirizações nas estatais, que bem poderia ser estendido a toda e qualquer empresa também.

O ponto central de divergência com a jurisprudência trabalhista está justamente no que seja a atividade-fim de uma empresa segmentada e extremamente verticalizada, atuante em mercado competitivo sujeito às práticas internacionais da indústria daquele segmento, como é a Petrobrás. Como se vê, se para o pessoal da auditoria, após intensa investigação, o critério da atividade-fim não se mostrou satisfatório e convergente com a estrutura de processos produtivos do segmento econômico em que a empresa auditada atua, com os interesses dos acionistas, do próprio Governo Federal, e com o interesse público perseguido por aquela estatal, o que se dirá das Varas do Trabalho, quando da análise dos casos concretos de terceirização trazidos por essa e outras estatais igualmente complexas? A mera dicotomia entre atividades-meio e fim estabelecida pelo Enunciado 331, não atinge o ideal de trazer justiça, fomentar o mercado de trabalho e proteger o trabalhador hipossuficiente, dada a complexidade dos segmentos mercadológicos existentes e novas formas de prestação do trabalho.

É certo que o relatório deixa claro que sempre que houver no caso concreto a presença dos elementos clássicos da relação de emprego, na relação terceirizada, a terceirização deverá ser considerada ilícita e a irregularidade corrigida, contudo propõe outras maneiras, que não a mera distinção entre atividades-meio e atividades fim. Desta maneira pode-se extrair do relatório, de maneira resumida, que seriam as seguintes:

a) A existência de trabalhadores terceirizados em funções que nominalmente se repetem no Plano de Cargos da empresa tomadora, não é critério, que a priori, aponte para irregularidade da terceirização, ou que determinada atividade é finalística.

b) É preciso saber se determinada atividade terceirizada é considerada estratégica para a empresa tomadora de serviços. Mesmo aparentando ser finalística, uma determinada atividade que não seja estratégica, de acordo com os planos plurianuais da tomadora, será em verdade acessória ao fim buscado pela empresa tomadora, de maneira que poderia ser terceirizada;

c) Além das atividades estratégicas, não são terceirizáveis as atividades sensíveis e diferenciais da tomadora de serviços;

d) A prática da terceirização de determinada atividade, da retirada das atividades do núcleo social de atividades das sociedades empresárias que atuam em determinado ramo econômico e produtivo, deve ser considerado para saber se aquela atividade pode ser terceirizada pela tomadora de serviços. Não lhe seria exigido competir com empresas sujeitas a determinada prática de mercado, sem que adotasse as mesmas práticas. Aqui, deve-se complementar tal conclusão, com a adstrição aos princípios da dignidade do trabalhador, e dos primados do art 7º da Constituição concomitantemente com a CLT, que devem ser sempre respeitadas. A competição com empresas de países que praticam trabalho análogo ao escravo, não pode autorizar tal prática pela tomadora de serviços, por exemplo.

Nesta ordem de coisas, parece extremamente interessante e adequada a proposição explicitada no relatório do acórdão aqui analisado. A distinção de atividades-meio e fim, feitas pela simplista análise objeto de exploração empresarial do segmento em que atua a tomadora de serviços, dada as complexidades da sociedade moderna e do mercado globalizado, não atingem as finalidades sócio-protetivas do Direito do Trabalho nem os princípios da ordem econômica constantes no Artigo 170 e seguintes da Constituição Federal.

Assim, ao mesmo tempo em que parece melhor solução, no caso de terceirizações ilícitas praticados pela Administração, aplicar a teoria das nulidades ao caso concreto, sem reconhecimento de vínculo direto com o Poder Público, parece também ideal que, se estabeleçam novos critérios para se saber que atividades podem ou não ser terceirizadas, não se admitindo, porém, terceirização em que, entre os gestores da tomadora e trabalhadores terceirizados exista elementos ínsitos ao vínculo empregatício (pessoalidade, subordinação, não-eventualidade, etc.).

## 8. Conclusão.

A Terceirização é prática hodierna que atinge todos os setores e até a Administração Pública Brasileira e em todas suas esferas.

Baseada na intenção de focar a empresa nas atividades que lhe sejam estratégicas e lucrativas, a terceirização surgiu pela forma do *outsourcing* como maneira customizar a atividade empresarial poupando-lhe de custos logísticos e administrativos que não permitiam a maximização dos esforços em prol do lucro e crescimento da sociedade empresaria.

Tal prática que se espalhou pelo mundo e chegou ao Brasil, à partir da década de 70, trouxe consigo também, além das louváveis intenções de alavancar a atividade econômica, um processo de verdadeira precarização do trabalho, pois deu azo a prática de diversas fraudes à legislação trabalhista e proliferação de empresas inidôneas que se sustentam de rebaixar a condição mínima de seu empregado, em prol da busca da máxima redução de custos na relação civil contratual estabelecida com a empresa tomadora de serviços.

Esta tomadora de serviços, a sob a fundamentação de que não tinha qualquer ingerência na forma de administração dos recursos humanos da empresa contratada, buscando apenas o maior retorno pelo melhor preço, acabou por incentivar as empresas prestadoras de serviços que rebaixam o nível salarial e social de seus empregados.

Terceirização, assim, tornou-se irmão da precarização, notadamente diante de um quadro de baixa oferta de emprego.

Ocorre, contudo, que numa sociedade em que a busca do emprego pleno ainda é apenas um ideal programático, em que os níveis de investimento no trabalho formal ainda estão muito abaixo dos países ditos desenvolvidos, a terceirização também tem cumprido o papel de trazer para o mercado formal de trabalho um notável número de excluídos.

Assim, estamos diante de um conflito entre o aumento do trabalho em condições que não atingem plenamente a dignidade merecida pelo ser – humano, e esta mesma situação que, embora inferior, o retira da situação da exclusão plena ao acesso à dignidade, e aos bens de consumo produzidos na sociedade de cunho capitalista.

Para ajustar esses interesses em conflito que, tende a pender para o lado em que está concentrado o maior nível de poder econômico, está o Direito do Trabalho e seus operadores, que cientes dessa auspiciosa missão, devem ter em mente também que o recrudescimento extremo contra a terceirização no atual quadro sócio-econômico, pode trazer o efeito inverso, qual seja, o de levar para a informalidade e desemprego um número cada vez maior de brasileiros.

Assim, os operadores do Direito devem estar em sintonia fina com o quadro sócio-econômico, além de abertos para as novas estratégias empresariais de foco nas atividades lucrativas, fomentando o desenvolvimento econômico e o fortalecimento das relações de trabalho.

Nesse sentido, a Administração Pública, com a função de buscar cada vez mais sua atuação eficiente, também aderiu a terceirização, com as mesmas mazelas e benefícios encontrados no setor privado, com o agravante de que, a pretexto de resguardar o interesse da sociedade, seus níveis de responsabilização perante as práticas de terceirização ilícita são reduzidas em relação ao setor privado.

Para reduzir essa desigualdade na proteção do trabalhador e desestímulo às práticas de terceirização ilícita, entre setores público e privado, faz-se a proposição neste trabalho de que a Administração Pública seja responsabilizada com fulcro na aplicação da teoria das nulidades do Direito do Trabalho, sem que contudo, haja reconhecimento do vínculo empregatício e seus consectários lógicos como a eventual estabilidade no emprego ou cargo. Não se quer dizer porém, que efeitos jurídicos não sejam reconhecidos pela aplicação das nulidades, pelo contrário, vários efeitos jurídicos e pecuniários se fazem presentes.

Nessa linha, é preciso ter em mente também, que as empresas altamente especializadas e complexas que atuam em regime de competição com mercados internos e externos, integrantes ou não da Administração Pública, precisam de um tratamento diferenciado e pormenorizado no que se refere a classificação do que sejam suas atividades-fins, de maneira a não engessá-las demasiadamente, retirando-lhes a possibilidade de competição no mundo globalizado, atingimento de suas finalidades públicas e sociais de fortalecimento da ordem econômica, se que, contudo, sejam desrespeitados os direitos mínimos do trabalhador.

É precisamente neste cenário que a monografia apresentada procura tocar nos pontos mais polêmicos do problema, oferecendo soluções que não são inovadoras pelo contrário, mas que já existem em nossa atual ordem jurídica, e estão maduras o suficiente para serem aplicadas.

## Referências

- Catharino, José Martins, Compêndio de Direito do Trabalho, Saraiva, 1982
- Delgado, Mauricio Godinho, Curso de Direito do Trabalho, LTR, 3ª ed., 2006.
- Di Pietro, Maria Silvia Zanella, Direito Administrativo, Atlas, 19ª ed., 2006
- Gagliano, Pablo Stolze, Novo curso de Direito Civil – Obrigações, Volume II, Saraiva, 2ª ed., 2002
- Gonçalves, Carlos Roberto, Sinopses Jurídicas – Direito Civil - Parte Geral, Saraiva, 10ª ed., 2003.
- Maranhão, Délio, Instituições de Direito do Trabalho, LTR, 20ª ed., 2002.
- Meirrelles, Helly Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros 18ª ed., 1993.
- Nascimento, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho, Saraiva, 15ª ed., 1998.
- Oliveira, Francisco Antonio, Comentários às Súmulas do TST, RT, 8ª ed, 2008.
- Pamplona Filho, Rodolfo, Direito Civil – Obrigações, Volume II, ed., 2ª Edição 2002,
- Sussenkind, Arnaldo, Instituições de Direito do Trabalho, LTR, 20ª ed., 2002.
- Venosa, Silvio de Salvo, Direito Civil – Parte Geral, Atlas, 6ª ed., 2006.
- Venosa, Silvio de Salvo, Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Contratos, Atlas, 6ª ed., 2006.