

ANDRESSA CAROLINY GOIS GONZAGA

**A TRAJETÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO E O NOVO
ENTENDIMENTO DA SÚMULA 331 DO TST**

**Campina Grande
2013**

ANDRESSA CAROLINY GOIS GONZAGA

**A TRAJETÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO E O NOVO
ENTENDIMENTO DA SÚMULA 331 DO TST**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Paula Christianne da
Costa Newton.

**Campina Grande
2013**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

G642t Gonzaga, Andressa Caroliny Gois.
A trajetória da terceirização e o novo entendimento da
súmula 331 do TST [manuscrito] / Andressa Caroliny Gois
Gonzaga.– 2013.
38 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em
Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de
Ciências Jurídicas, 2013.

“Orientação: Profa. Dra. Paulla Christianne da Costa
Newton, Departamento de Direito Público”.

1. Direito administrativo. 2. Terceirização. I. Título.


21. ed. CDD 342

ANDRESSA CAROLINY GOIS GONZAGA


**A TRAJETÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO E O NOVO
ENTENDIMENTO DA SÚMULA 331 DO TST**

Aprovado em: 21/09/2013

BANCA EXAMINADORA



Prof.ª. Dra. Paula Christianne da Costa Newton



Prof.º. MsC. Amilton de França



Prof.º. Esp. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho

Dedico este trabalho, bem como todas as
minhas demais conquistas, aos meus pais,
Vinicios e Tacelma.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que me concede todos os dias, por meio de sua misericórdia e graça, a força e o amparo em todos os momentos da minha caminhada. Obrigada Senhor por permitir que os meus sonhos se concretizassem até o momento!

Agradeço ao meu pai por todo esforço realizado.

Agradeço à minha mãe pela dedicação, amor e incentivo, indispensáveis ao meu crescimento.

À minha irmã, Amanda, pela amizade e apoio nesta caminhada.

Ao meu noivo, Luiz, por todo amor e compreensão. Obrigada por todo carinho e por tornar meus dias mais felizes. Graças a sua presença foi mais fácil superar os momentos de dificuldade.

À minha orientadora, Professora Paulla, por todo incentivo acadêmico, cobranças e ensinamentos advindos desde a época em que fui monitora de sua disciplina.

Às amigas que compartilharam estes últimos cinco anos da minha vida. Obrigada pelas risadas e conversas nos bancos e corredores da universidade, pois estes momentos tornaram a graduação bem mais fácil!

A todos os meus familiares que sempre me apoiaram e acreditaram em mim.

Obrigada a todos!

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar o instituto da terceirização, desde a sua origem histórica até o contexto atual, ressaltando a sua evolução legislativa. Para tanto, utilizou-se uma perspectiva doutrinária, no intento de demonstrar a trajetória deste fenômeno que ganhou força em razão da globalização. Esta, responsável pela aproximação de fronteiras e alteração do mercado econômico, teve papel de relevo para a difusão da terceirização, à medida que trouxe a necessidade de incorporação de um novo modelo de relação laboral, mais dinâmica e flexível. Em razão dessa nova realidade, ganha espaço o instituto da terceirização, que divide opiniões, mormente pelo seu traço marcante de flexibilização dos direitos trabalhistas, fazendo-se necessário o estudo desta temática que vem ganhando atenção no cenário jurídico brasileiro, sobretudo após a mudança de entendimento esposada pela súmula 331 do TST, acerca da responsabilidade dos entes estatais.

Palavras chaves: Terceirização. Flexibilização. Súmula 331.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 NOÇÕES ACERCA DO SURGIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO	11
2 A INSERÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	15
2.1 Análise sobre a regulamentação jurídica da terceirização.....	16
3 MUDANÇA DE ENTENDIMENTO ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO:	
SÚMULA 331 DO TST	21
4 RESPONSABILIDADE ESTATAL DIANTE DA TERCEIRIZAÇÃO.....	25
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o instituto da terceirização, inicialmente, sob um enfoque histórico, sem deixar de lado o seu aspecto jurídico, principalmente, quanto ao tratamento legal esposado pelo legislador.

A terceirização consiste, basicamente, no desmembramento de uma típica relação laboral com o ingresso de outro sujeito na relação jurídica. Trata-se de uma relação formada por três sujeitos, daí ser denominada pela doutrina de relação trilateral ou triangular. É composta pela figura do tomador dos serviços, sujeito que se beneficia do trabalho realizado pelo obreiro, sendo este vinculado juridicamente a um terceiro, denominado de empresa intermediadora ou prestadora dos serviços.

O instituto da terceirização originou-se em virtude das alterações no setor econômico, sobretudo em razão da globalização, responsável pela difusão da produtividade em larga escala, a um custo razoável, inaugurando nova etapa no processo industrial.

Esse contexto de expansão da produtividade industrial foi de fundamental importância para a propagação deste instituto, uma vez que a concorrência industrial por mercados sejam eles internos ou externos, não se compatibilizava com a estrutura estática das relações jurídicas laborais clássicas. Desse modo, a terceirização, considerada uma forma mais rentável de constituir uma relação de trabalho passa a ganhar espaço no cenário mundial. Tornava-se, cada vez mais nítida, a flexibilização juslaboral.

No Brasil, a terceirização é um fenômeno relativamente novo, cuja aplicabilidade foi conquistada a passos lentos. Inicialmente, restrita ao âmbito público, posteriormente, estendida ao setor privado, mas de forma bem limitada.

O interesse pela temática surgiu da análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, sobretudo, em razão da evolução que permeia esse instituto, tendo em vista que, o Colendo Tribunal, vem buscando acompanhar os contornos concretos da terceirização nas relações trabalhistas diante da ausência de legislação que regulamente a matéria.

Desse modo, o presente trabalho revela a sua importância para mundo acadêmico, posto que contribui para o fortalecimento do estudo da terceirização, à medida que a ausência

de disciplina legal é um verdadeiro empecilho à compreensão das vicissitudes do instituto, o que ocasiona, não raro, interpretações diversas sobre o tema. Assim, esta pesquisa se propõe a analisar o instituto da terceirização à luz do Direito do Trabalho, mormente no que pese à sua aplicabilidade e evolução legislativa, recorrendo para tanto, à consulta bibliográfica de manuais, doutrinas, teses de mestrado, jurisprudenciais, textos de leis, bem como, artigos científicos.

O objetivo geral deste trabalho consiste em analisar a trajetória da terceirização à luz da legislação trabalhista, traçando a evolução deste instituto no âmbito juslaboral interno. Já o objetivo específico se dá no sentido de analisar os efeitos da recente alteração no corpo da súmula 331 do TST, precisamente no que tange à temática da responsabilidade estatal frente às terceirizações trabalhistas em suas atividades não essenciais.

O primeiro capítulo desse trabalho aborda inicialmente noções básicas a respeito do surgimento da terceirização, relatando e relacionando o despontar deste instituto no cenário mundial à evolução ocorrida no âmbito econômico.

Por conseguinte, o trabalho retrata o instituto da terceirização no âmbito nacional, investigando a inserção deste fenômeno através da análise da sua regulamentação jurídica, elencando, para tanto, os principais diplomas normativos responsáveis pela tutela deste instituto. Neste tópico também será abordada as nuances que marcaram a consolidação da terceirização no âmbito justabalhista, ou seja, os diversos posicionamentos favoráveis ou não à sua aplicação aos casos concretos.

No terceiro capítulo, será analisada a posição do Tribunal Superior do Trabalho acerca da evolução ocorrida no que se refere à aplicação da terceirização, concentrando-se na análise da súmula 331 do TST, responsável pela solidificação deste instituto.

Por fim, será analisado o tema da responsabilidade estatal frente à terceirização trabalhista, tendo em vista a polêmica trazida pelo ajuizamento da ADC-16, responsável pela significativa alteração no aplicar do instituto quando o Estado fizer às vezes de tomador em uma relação triangular.

1 NOÇÕES ACERCA DO SURGIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização surgiu, basicamente, como consequência da evolução das relações econômicas. Em razão das novas e intensas exigências do mercado econômico, que acabaram por dinamizar a atividade produtiva, passou-se a adotar a “horizontalização” (termo referente ao movimento toyotista) em substituição ao antigo modelo vertical (inerente ao fordismo), conceitos abaixo elucidados.

O despontar deste instituto remonta ao século XX. Neste período, consolidava-se o “Estado Neoliberal”, novo modelo estatal que primava pela intervenção mínima, tanto do Estado como do Direito. Neste sentido temos a lição de Miraglia:

O Estado torna-se mínimo, regulando apenas o que é essencial para o desenvolvimento do capital. O direito restringe-se, haja vista a observância, cada vez maior, da criação de novas formas de exploração de mão-de-obra que não se enquadram na definição clássica de relação de emprego, com o precípuo intuito de impossibilitar aos trabalhadores o acesso à esfera protetiva do ramo justrabalhista. (MIRAGLIA, 2008, p.52)

A postura do Estado neoliberal era no sentido de não intervenção na economia e funcionamento dos mercados, propiciando o amplo desenvolvimento deste setor. Neste cenário, as indústrias passaram a buscar avidamente o desenvolvimento, e para tanto, foi necessária a adoção de modelos organizacionais capazes de acelerar o desenvolvimento da produtividade.

De acordo com Graf (2009), durante boa parte do século XX imperou o modelo fordista de produção, no qual vigorava uma estrutura inflexível quanto às atividades atribuídas aos operários. Estes formavam um sistema organizacional segmentado, o qual era composto por etapas de produção fixas, numa verdadeira hierarquia piramidal. As atividades eram executadas de forma repetitiva, baseando-se, sobretudo, em linhas de montagem e no controle do tempo para a realização das tarefas.

Segundo Graf, temos:

Nesse contexto descrito acima, a organização do trabalho era estruturada especialmente de forma parcelar e fragmentada, como indicou Antunes (2002), de modo que havia uma decomposição das tarefas, na qual o

trabalhador exercia atividades repetitivas e o coletivo construía um produto no final. (ANTUNES 2002 apud GRAF, 2009, p.22)

Posteriormente, em razão do próprio contexto de evolução do sistema capitalista, fez-se necessária a alteração dos modelos de produção e organização do trabalho. Estes sofreram verdadeiras mutações, fundamentais para que se adequassem às alterações globais, precisamente em razão do desenvolvimento de novas tecnologias, sendo estes fatores responsáveis pela alteração no cenário empresarial. (GRAF, 2009)

Em razão das alterações no cenário econômico, responsáveis pelo aumento na oferta de produtos e bens de consumo, despontaram os modelos japoneses de produção, considerados mais ágeis e flexíveis. Dentre estes modelos, destacou-se o toyotista, desenvolvido com o objetivo de criar uma estrutura de produção mais dinâmica, utilizando-se, muitas vezes, de recursos como a desconcentração produtiva, bem como a terceirização. (ANTUNES, 2002)

De acordo com Graf:

Os modelos de produção e organização do trabalho começaram a se modificar para acompanhar as mudanças globais e o desenvolvimento de tecnologias, aspectos que alteraram profundamente o anteriormente consolidado cenário empresarial.

As empresas, a partir dos anos 1980, necessitaram cada vez mais de agilidade em seus processos produtivos para atenderem à flexibilidade de um mercado, com variações nos produtos, aumento na qualidade e melhoria nos serviços. [...] Os métodos japoneses foram identificados como os mais inovadores, tendo o modelo do toyotismo como seu principal representante [...]. (GRAF, 2009, p.23)

Assim, em decorrência da evolução produtiva, passaram a ganhar prestígio os modelos de produção mais flexíveis, que adotavam instrumentos dinâmicos de gestão empresarial, como exemplo, a utilização da terceirização. Esta despontou como uma alternativa lucrativa frente aos interesses empresariais, uma vez que o desmembramento da atividade produtiva favorece a especialização de determinadas etapas da produção. Isto é, com essa nova percepção de mercado global as empresas passam a buscar, cada vez mais, o aprimoramento da sua atividade principal, repassando a terceiros a condução de etapas produtivas não essenciais para o empreendimento.

Conforme aponta Salvino e Ferreira:

Nesse contexto, multiplicou-se a prática administrativa da terceirização [...] conceituada como instrumento de gestão, através do qual são transferidas determinadas atividades periféricas ao núcleo do empreendimento a terceiros. Ou seja, em tese, há uma agregação da atividade-fim de uma empresa (prestadora de serviços) com a atividade-meio de outra (tomadora de serviços), envolvendo a produção de bens e serviços [...]. É uma forma de parceria traduzida na busca pela eficiência. Atualmente, este fenômeno repercute em vários países, com menor ou maior profundidade, dando azo à especialização nas atividades em que as empresas elegem como a principal (atividade-fim). (SALVINO; FERREIRA, 2009, p.3)

Devido a essa conjuntura fática, sobretudo em decorrência da globalização, o instituto da terceirização passou a ser amplamente difundido em diversos países, uma vez que a sua utilização favorece o desenvolvimento da empresa, corroborando numa verdadeira “supressão de atividades ociosas no quadro de pessoal, que se torna mais enxuto e especializado, reduzindo o custo operacional”. (PAMPLONA, 2002, p.4)

O fenômeno da terceirização decorreu, portanto, de uma gama de fatores que alteraram a dinâmica da produtividade mundial. Muitos destes fatores, responsáveis pela transformação da economia global, a exemplo da quebra de barreiras alfandegárias — crucial para o acirramento da concorrência entre países — fez com que surgisse a necessidade de produzir mais, com menor custo e melhor qualidade para disputar o mercado globalizado. Segundo Cassar, temos que:

A globalização e a crise econômica mundial tornaram o mercado interno mais frágil, exigindo maior produtividade por menores custos para melhor competir com o mercado externo. [...]. A terceirização é apenas uma das formas que os empresários têm buscado para amenizar os seus gastos, revestindo no negócio ou aumentando seus lucros. (CASSAR, 2010, p.482).

Em razão destas mudanças no cenário social e, sobretudo, no âmbito econômico, o instituto da terceirização foi se consolidando como alternativa para um modelo de produção mais dinâmico. Na terceirização não há típica formação de relação empregatícia, justamente em razão da existência de três sujeitos distintos com interesses diversos, na mesma relação jurídica. Trata-se, pois, de uma relação trilateral, consequência da constante evolução dos fatos perante as normas.

Para Mauricio Godinho Delgado a terceirização corresponde ao:

[...] fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-

se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente [...]. (DELGADO, 2010, p.414)

Nota-se que o fenômeno da terceirização atinge intrinsecamente a formação do vínculo laboral, trazendo para uma relação intimamente bilateral e sinalagmática, uma terceira pessoa, com atribuições e responsabilidades próprias.

A terceirização se perfaz através da dissociação das relações jurídicas laborais, estas, passam a agregar a figura do intermediador, ou melhor, empresa prestadora de serviço (também denominado de empregador aparente, dissimulado ou formal), que se liga, juridicamente, ao obreiro, exercendo o papel de empregador na relação trilateral.

Assim, com o advento do instituto em comento, as atividades que antes eram realizadas por uma única empresa, responsável por todas as etapas de produção (produção concentrada), passaram a ser desmembradas, alterando o processo produtivo. Abriu-se espaço, portanto, para que terceiros desenvolvessem segmentos da produção, de forma a acelerar e desconcentrar o cenário produtivo.

A inserção deste instituto atraiu, conseqüentemente, a noção de flexibilização do direito, sendo esta concebida como ferramenta necessária para adequação das normas às situações concretas e mutáveis dos fatos. Assim, temos que o desenvolvimento do mercado econômico ávido por produtividade em larga escala e em curto período de tempo ensejou mudanças na formação do vínculo laboral, introduzindo neste contexto o fenômeno da terceirização. Estes foram alguns dos fatores que favoreceram a incorporação da desverticalização (terceirização), no âmbito do Direito do Trabalho.

2 A INSERÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

O instituto da terceirização é relativamente novo no âmbito justabalhista brasileiro. Esse instituto, conforme pontua Delgado (2010), não teve crescimento significativo nos impulsos da industrialização brasileira, apenas alcançando destaque no início da década de 1970.

De acordo com o entendimento de Rodolfo Pamplona Filho, ao discorrer acerca do instituto em análise, temos que:

Em uma perspectiva ideológica tuitiva, não temos a menor dúvida de que o prisma com que era encarada era de uma forma espúria de exploração do trabalho humano, em que o homem era considerado um mero objeto de direito em um negócio jurídico entre os detentores do capital. A expressão, inclusive, pelo qual se do conhecia o instituto era marchandâge, que pode ser traduzida simplesmente como locação de mão-de-obra. (PAMPLONA, 2002, p.3)

Nota-se que, em sua gênese, o instituto da terceirização, sofria diversas críticas, uma vez que era concebido como forma de comercialização da mão de obra alheia. Entendiam à época, que o intermediador, ao fornecer a mão de obra, valia-se de sua posição para usurpar capital que originariamente seria destinado ao obreiro. Em razão deste posicionamento negativo, a terceirização, padecia, inicialmente, de ausência de regulamentação, fato este responsável pelo desestímulo à inserção deste instituto na órbita juslaboral brasileira.

Assim, a relutância em aceitar que o fenômeno da terceirização se incorporava paulatinamente à sistemática das relações de trabalho — constituindo-se como exceção ao modelo clássico de configuração da relação de emprego, pautado nas figuras do empregado e do empregador — aliado à interpretação pejorativa que lhe era atribuída, foram terrenos férteis ao descaso estatal.

De fato, a legislação heterônoma estatal, inicialmente, se furtou em disciplinar tal fenômeno, não dedicando à terceirização a regulamentação necessária, tendo em vista a sua importância como uma forma de flexibilização dos direitos trabalhistas do obreiro. Essa ausência de regulamentação trouxe ao cenário da terceirização um estado caótico de aplicabilidade.

De acordo com a orientação de Delgado (2010), a terceirização desenvolveu-se de forma apartada no que se refere ao disciplinamento normativo que se fazia necessário. Ou seja, o instituto da terceirização evoluiu sem gozar do tratamento legal a que fazia jus, precisamente pela sua importância no âmbito das relações laborais, e, sobretudo, pelo seu papel flexibilizador no que atine às normas regulamentadoras das relações de trabalho.

Acerca desta problemática, o doutrinador acima citado aduz que:

[...] o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica do país. (...) O fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do país. Trata-se de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que se assista ao esforço legiferante consistente para sanar tal desvantagem. (DELGADO, 2010, p.416- 417)

Apesar, deste vácuo legislativo é possível apontar que o início de tratamento legal acerca da terceirização se deu no âmbito da Administração Pública, através do Decreto-Lei n. 200/67 e da Lei n. 5.645/70. Estas foram as primeiras tímidas iniciações ao tema. Posteriormente, nos anos que se seguiram, a inserção deste instituto foi ocorrendo de forma comedida, como se pode vislumbrar no item seguinte.

2.1 Análise sobre a regulamentação jurídica da terceirização

As primeiras referências legislativas acerca da terceirização concentraram-se na análise deste fenômeno no âmbito da Administração Pública. Delgado (2010) aduz que em meados da década de 1960 foram expedidos dois diplomas que incentivavam a prática da terceirização, ou melhor, da descentralização administrativa.

Como visto anteriormente, o fenômeno da terceirização era rechaçado no cenário jurídico. Apesar de incorporar-se, paulatinamente, às relações jurídicas, o legislador tentou inicialmente, mascarar esse novo fenômeno, seja não o disciplinando, seja atribuindo-lhe denominação diversa. Nesse sentido posiciona-se Delgado (2010).

Nesta senda, despontou, primeiramente, o Decreto-Lei n.200/67, que assim previa:

CAPÍTULO III - Da Descentralização

Art. 10 - A execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada.

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

Salvino e Ferreira pontuam que:

No campo da evolução legislativa, o Decreto-Lei n.200/67 foi o primeiro diploma a regular a terceirização, contudo, restrito à Administração Pública. O seu artigo 10, §7º, estabelecia a faculdade da transferência de serviços operacionais a terceiros, sem caráter deliberativo, como uma forma de descentralização administrativa. (SALVINO; FERREIRA, 2009, p.5)

De acordo com a lição de Delgado (2010) o texto do Decreto-Lei 200/67 instiga à descentralização na realização de tarefas executivas do Estado, mediante contrato de execução indireta. Trata-se de terceirização aplicada no âmbito da Administração Pública.

Conforme o entendimento do autor mencionado, restava clara a possibilidade de terceirização no que tange às tarefas que não se enquadravam como atividades fins do Estado. No entanto, não era possível mensurar a extensão desta prática, ou seja, não se sabia que tipo de atividade, tarefa ou função poderia ser realizada mediante execução terceirizada, haja vista a ausência de especificidade legal.

Em razão disso, em 1970, veio a Lei n. 5.645 detalhar algumas das atribuições estatais que poderiam ser realizadas mediante execução indireta, leia-se, terceirização. O rol lançado no parágrafo único do art. 3º da referida lei relacionava-se à exemplificação das atividades meio da Administração Pública que poderiam ser realizadas mediante descentralização, tais como:

Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

[...]

Parágrafo único: As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997)

Posteriormente, as leis n. 6.019/74 e n. 7.102/83 trataram de regulamentar a terceirização no âmbito privado, abrindo espaço para que este fenômeno, até então minimamente regulamentado e com enfoque para o setor público, fosse utilizado também no âmbito das relações entre particulares.

A primeira delas, também denominada “Lei do Trabalho Temporário”, iniciou a regulamentação do instituto delimitando o alcance da terceirização a hipóteses bem específicas, quais sejam: atendimento de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa ou para atender a acréscimo extraordinário de serviço. Além disso, a referida lei tratou de definir o conceito de empresa de trabalho temporário, que em nada difere ao de empresa prestadora de serviços (no âmbito de uma terceirização).

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

Contata-se, pois, que a terceirização passou a ser admitida, porém com denominação diversa, uma vez que, a referida lei fomentou a criação de uma relação laboral diversa do esquema clássico insculpido e amparado pela CLT (arts. 2º e 3º), inaugurando, no âmbito privado, a possibilidade de relações trilaterais, inerente à estrutura terceirizante. Isso se constata da análise dos sujeitos que compõem tal relação, quais sejam: uma empresa de trabalho temporário, o trabalhador temporário e a empresa cliente ou tomadora.

A respeito desta temática assevera Delgado que:

A jurisprudência trabalhista, entretanto, ao longo das décadas desde 1974, buscou construir um controle civilizatório sobre essa figura excepcional, trazendo-a, ao máximo, para dentro das fronteiras juslaborativas [...]

Eclipsou-se, desse modo, a intenção original da Lei 6.019/74 de formar tipo legal inconfundível com o regido pelos arts. 2º e 3º, caput, da CLT. (DELGADO, 2010, p.432)

Nota-se que, apesar da busca por inserir no contexto jurídico trabalhista a figura da terceirização, ainda que de forma comedida, pautada em situações concretas e taxativas, encontrou-se a resistência da ordem jurídica em ceder diante de relação diversa da normatizada pelo texto consolidado. Em razão do contexto fático daquela época, procurou-se dar sentido diverso à lei 6.019/74, o qual perdurou até hoje sob o entendimento de que o “contrato temporário, embora regulado por lei especial, é um contrato de emprego, do tipo pacto a termo, apenas submetido às regras especiais da Lei n. 6.019/74” (DELGADO, 2010, p. 432-433).

Na mesma esteira, a lei 7.102/83 também surgiu com o intuito de possibilitar a terceirização, no entanto, restrita à categoria profissional dos vigilantes. Essa hipótese de terceirização, por sua vez, além de aceita, foi ampliada pelo legislador, através da lei 8.863/94, responsável por expandir o âmbito de atuação desta categoria profissional, que originalmente restringia-se ao segmento bancário.

De acordo com Cassar essa aceitação ocorreu em razão de:

Pressionado pelos empresários que reclamavam segurança, diante da onda de assaltos a bancos, financeiras e transportadoras de valores (dinheiro), o Estado, percebendo que a segurança pública (polícias civis, militares etc.) não era suficiente para evitar o caos, autorizou todo um sistema de segurança privada [...]. Mesmo autorizando a criação de todo um aparato de segurança particular, o Estado tem que controlar, através do Ministério da justiça e da Polícia Federal, o armamento, a munição, os uniformes, para controlar e diferenciá-los da força policial do próprio Estado. (CASSAR, 2010, p.500)

No que se refere à jurisprudência trabalhista pontua Delgado que esta “[...] digladiou-se desde a década de 1970 em torno do tema da terceirização [...]” (DELGADO, 2010, p.420). Em razão da ausência de amplo tratamento legal acerca deste tema, bem como da resistência a sua incorporação, o TST, buscando suprir a ausência normativa, no ano de 1986, através da Resolução n.04/86, fixou o Enunciado 256, que assim previa:

Enunciado nº 256 TST

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983,

é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Esse enunciado demonstra que a jurisprudência da época entendia como sendo uma forma irregular a hipótese de contratação por meio da terceirização, excetuadas as hipóteses previstas no próprio enunciado, guardando hegemonia a forma de contratação empregatícia clássica presente na CLT. A súmula 256 entendia apenas ser possível a contratação mediante terceirização nas hipóteses previstas nas leis n. 6.019/74 e n. 7.102/83.

Nota-se que, a mencionada súmula deixou de tratar das hipóteses de terceirização no âmbito da Administração Pública (art. 10 do Decreto-Lei 200/67 e da Lei 5.645). Desse modo, excluindo da incidência do fenômeno da terceirização a hipótese prevista no art. 10 do Decreto-Lei 200/67, acabou, indiretamente, considerando tal liame ilegal, estabelecendo, ainda, que o vínculo empregatício se formasse diretamente com o tomador dos serviços, ou seja, a Administração Pública.

Em meio a este cenário lacunoso e caótico, viu-se a necessidade de alterar o entendimento acerca da terceirização, o que ocorreu através da Súmula 331, TST.

3 MUDANÇA DE ENTENDIMENTO ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO: SÚMULA 331 DO TST

Em razão de toda esta conjuntura fática, o TST, buscando acompanhar a evolução ocorrida no que se refere à utilização do instituto da terceirização, edita a súmula 331, que inicialmente prevê:

SÚMULA N. 331 TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE- REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

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

A súmula 331 inovou na matéria, passando a tratar a terceirização como uma forma legítima de relação laboral. Desmistificou, pois, a relação trilateral, trazendo para o cenário jurídico a aplicabilidade do instituto.

Em que pese esse novo disciplinamento exposto pela súmula 331 do TST, a aplicabilidade do instituto não restou alcançada em sua plenitude. Ou seja, apesar de conceber a terceirização como uma forma legítima de relação laboral, tratou o entendimento sumular de atribuir-lhe uma conotação exceptuada. É o que aponta a doutrina majoritária, a exemplo da posição defendida por Delgado, abaixo transcrita:

Alguns dos tópicos orientadores da súmula 256 manter-se-iam firmemente incrustados na cultura jurídica posterior. É o que se passa com a ideia de terceirização como processo excetivo, preservando-se a fórmula celetista como a básica regra de pactuação de relações de produção no país. É o que ocorre também com a determinação de instituição do vínculo empregatício com o tomador de serviços caso configurada a ilicitude trabalhista na terceirização perpetrada. (DELGADO, 2010, p. 422).

Nota-se, pois, que a súmula buscou eleger a contratação clássica celetista como regra geral, concedendo à contratação triangular um tratamento excepcional, pontual. Isso se nota da própria redação do item IV da súmula, o qual assegurava a formação de vínculo juslaboral clássico em caso de desvirtuação do instituto. Percebe-se um traço de insegurança quanto a esta forma de relação de trabalho diversa da já segmentada (celetista), mormente em relação ao obreiro. De fato, não se poderia esperar algo diferente, justamente por se tratar de fenômeno que alteraria sobremaneira a aplicação das regras jurídicas, justamente, pelo seu traço marcante de flexibilização.

Ademais, nota-se que a Súmula 331 do TST buscou distinguir as duas espécies de terceirização, quais sejam, as modalidades lícita e ilícita. Para Godinho (2010), na terceirização lícita há ausência de subordinação jurídica e pessoalidade do empregado em face ao tomador dos serviços. Isso significa que existe a contratação de prestação de serviços entre duas empresas, e não a contratação de mão de obra. Uma empresa desfruta dos serviços do trabalhador, o qual é vinculado juridicamente à outra empresa (prestadora do serviço), sendo esta a responsável pela condução dos serviços efetuados pelo obreiro.

Já a modalidade ilícita, coibida pelo ordenamento jurídico, existe à medida que contraria os itens elencados na própria súmula, ou seja, há verdadeira contratação de trabalhadores por empresa interposta e neste caso, excetuando-se as hipóteses da lei 6.019/74, forma-se o vínculo justralhista diretamente entre o obreiro e o tomador, em apelo ao princípio da primazia da realidade (item I da Súmula 331, TST).

Assim, excluindo-se as hipóteses elencadas na súmula (item III), não há que se falar em relação legítima de trabalho. Isto é, se não houver a subsunção às hipóteses previstas na súmula, não haverá terceirização. Haverá, pois, relação laboral entre pessoa física, prestadora de serviços não eventuais, onerosos e de forma pessoal e subordinada a empregador, isto é, típica relação de emprego insculpida na CLT.

Nota-se que esse novo disciplinamento do instituto cede espaço para a multiplicidade de atividades passíveis de terceirização, ao passo que expande a aplicação do instituto para as atividades meio da empresa sem elencar quais seriam elas. A redação da súmula 331 cede espaço para o desenvolvimento da terceirização em diversos segmentos de atividades, transpondo as únicas hipóteses (leis n. 6.019/74 e n. 7.102/83) até então permitidas pela súmula anterior (nº 256 TST).

Nesse contexto, é possível também vislumbrar a preocupação em tutelar a terceirização no setor público. A súmula 331 buscou estender o disciplinamento da terceirização ao âmbito da Administração Pública, frisando, no seu item II, que, se a mácula, existente na relação trilateral possuir como um dos sujeitos, ou melhor, como tomador, a própria Administração Pública, não há que se falar em formação de vínculo direto com o obreiro, em razão do disposto no art. 37, II, CF.

Constata-se ainda da redação da súmula 331, diferentemente da sua antecessora (súmula 256), a preocupação em aferir a extensão da responsabilidade da empresa tomadora quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora dos serviços. A lei 6.019/74, sendo a iniciadora do tema em discussão, tachou a responsabilidade da empresa tomadora como sendo solidária. Entretanto, a incidência desta responsabilidade restringia-se apenas às contribuições previdenciárias, verbas remuneratórias e indenizações pela ruptura do contrato, desde que a empresa de trabalho temporário estivesse em situação de falência.

A súmula 331 trouxe alterações no que pese ao tema da responsabilidade. Tratou de estender as hipóteses de responsabilidade do tomador dos serviços, muito embora tenha estipulado ser esta responsabilidade do tipo subsidiária, visto que, conforme a dicção do artigo 265 do Código Civil, a responsabilidade solidária decorre da lei ou da convenção entre as partes.

Neste sentido, Mauricio Godinho Delgado assevera que:

O entendimento jurisprudencial sumulado claramente percebe a existência de responsabilidade do tomador por todas as obrigações laborais decorrentes da terceirização (ultrapassando a restrição de parcelas contida no texto da Lei n. 6.019/74). Apreende a nova súmula a incidência da responsabilidade desde que verificado o inadimplemento trabalhista por parte do contratante formal do obreiro terceirizado (tornando despicienda, assim, a verificação de falência — *rectius*: insolvência — da empresa terceirizante) [...]. (DELGADO, 2010, p. 440)

Denota-se que o entendimento jurisprudencial buscou privilegiar o trabalhador, assegurando-lhe a garantia de efetivação dos seus direitos sociais e trabalhistas, amplamente defendidos pelo Direito do Trabalho. Nesta senda, o TST impôs como condição para que o

tomador surgisse na demanda como responsável subsidiário, a sua participação no pólo passivo da lide instaurada.

Conforme se verifica da leitura do item IV da referida súmula não se podia vislumbrar se a amplitude da responsabilidade subsidiária alcançaria também o Estado, em que pese seu disciplinamento diferenciado acerca deste tema. Assim, a súmula não trabalhou a temática da responsabilidade diante da terceirização em que fosse parte a Administração Pública.

4 RESPONSABILIDADE ESTATAL DIANTE DA TERCEIRIZAÇÃO

O tema da responsabilidade estatal em face da terceirização restou intocado na primeira redação da Súmula 331 do TST. Desse modo, veio a Resolução 96/2000 elucidar a temática, estabelecendo nova dicção para o item IV da súmula 331. Tal dispositivo ganhou a seguinte redação:

SÚMULA N. 331 TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

[...]

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)

A redação do item em análise se pauta na responsabilidade objetiva do Estado. Esta se baseia na teoria do risco, tomando como pressuposto a “ideia de que a atuação de ente estatal envolve um risco, que lhe é inerente”, de provocar danos. (DI PIETRO, 2010, p. 646)

Elucidam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que:

No âmbito do Direito Público, temos que a responsabilidade civil da Administração Pública evidencia-se na obrigação que tem o Estado de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agente públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se, pois, na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais, e com tal reparação se exaure. (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 599)

Essa forma de atribuição de responsabilidade para o ente estatal é regida pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal. Tal dispositivo abarca as pessoas jurídicas de direito público e privado, desde que prestadoras de serviço público, aplicando-se quando da existência de abuso ou arbitrariedade por parte de quem se utiliza da posição de agente público para perpetrar uma conduta danosa.

Pois bem, como se constata do teor do item IV, da Súmula 331, os entes estatais respondiam subsidiariamente em caso de inadimplemento da empresa terceirizante, desde que houvessem participado da relação processual e constassem também do título executivo judicial.

Essa responsabilidade era decorrente do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora dos serviços, ou seja, tratava-se de responsabilidade objetiva do ente estatal. Isso se constata a partir da análise do entendimento jurisprudencial vigente à época:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA, TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTIDADE ESTATAL. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços é objetiva e abarca os créditos trabalhistas resultantes de contratos de terceirização pactuados por entidades estatais, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. Pertinência da Súmula 331, IV, desta Corte. Agravo de instrumento desprovido. (867408520035020062 86740-85.2003.5.02.0062, Relator: Mauricio Godinho Delgado. Data de Julgamento: 03/09/2008, 6ª Turma. Data de Publicação: DJ 12/09/2008)

TST - RECURSO DE REVISTA: RR 6416938220005015555 641693-82.2000.5.01.5555- RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ART. 71, § 1º DA LEI N º 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. 71§ 1º8.666No que se refere ao art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, a incidência da norma encontra óbice no princípio constitucional da responsabilidade objetiva do Estado e de seus agentes que não pode causar dano a terceiros, no caso o trabalhador, ainda que a contratação corresponda a uma situação jurídica decorrente de terceirização lícita e de previsão excludente da lei de licitações, que não se afasta também dos princípios da responsabilidade subjetiva superveniente ao processo licitatório, decorrentes da culpa -in vigilando-, já que a norma não contém princípio absoluto de molde a privar o cidadão de defesa contra o Estado ou seus agentes. Recurso de revista não conhecido. 71§ 1º8.666lei de licitações. (6416938220005015555 641693-82.2000.5.01.5555, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 15/10/2003, 4ª Turma. Data de Publicação: DJ 07/11/2003)

Como se nota, o entendimento esposado pela Alta Corte Trabalhista, era no sentido de chamar a Administração Pública para responder em caso de inadimplemento da empresa prestadora dos serviços, isto é, bastava a ocorrência do fato (inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços) para que o Ente Público fosse responsabilizado a ressarcir, sem a aferição da existência de conduta culposa ou dolosa. Clara a atribuição de responsabilidade objetiva à Administração Pública.

A justificativa para tal entendimento se pautava na observância aos princípios constitucionais insculpidos no art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal, os quais primam pelo valor social do trabalho, bem como, a dignidade da pessoa humana. Em razão disso, a exegese que excluísse completamente a responsabilidade estatal, frente a uma terceirização frustrada, não seria compatível com as diretrizes do direito material do trabalho e princípios constitucionais referentes aos direitos sociais dos trabalhadores.

Ocorre que, a aplicação da súmula 331, item IV, supostamente colidia com o art. 71, §1º, na lei 8.666/93, já que tal dispositivo assim estabelece:

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.

Desse modo, difundiu-se o entendimento de que a Administração Pública não poderia responder pelos encargos trabalhistas dos contratos dos quais seria parte, o que destoava da responsabilidade subsidiária e objetiva elencada no item IV da Súmula 331, TST. Assim, o ente público contratante dos serviços terceirizados não deveria ser responsabilizado diante do insucesso do contrato laboral pactuado entre o trabalhador e a empresa prestadora dos serviços.

A matéria acerca da responsabilidade da Administração Pública não se encontrava pacificada, muito embora houvesse a previsão contida no item IV da súmula 331 do TST. As batalhas entre o Poder Público e o judiciário trabalhista se concentravam, precisamente, quanto à atribuição de responsabilidade objetiva quando os entes estatais fossem parte em terceirizações, justamente em razão do disposto no art. 71, § 1º da lei 8.666/93.

E em decorrência desta interpretação, há muito veiculada, foi proposta a ADC nº 16-DF perante o STF. Nesta ação declaratória buscava-se a constitucionalidade do disposto no art. 71, § 1º da lei 8.666/93, o que de fato ocorreu.

Todavia, a decisão do STF não excluiu completamente qualquer tipo de responsabilização pública, como algumas interpretações ao art. 71, § 1º da lei 8.666/93

sugeriam. Tal decisão foi no sentido de aferir em cada caso concreto a parcela de responsabilidade do ente público diante da terceirização. O acórdão proferido não afastou a responsabilidade da Administração Pública diante da sua conduta culposa ou dolosa, consubstanciada na falta ou falha dos procedimentos licitatórios prévios e fiscalização dos contratos entre o trabalhador e a empresa contratada.

Daí surge o impasse: como o art. 71, §1º da lei 8.666/93 é constitucional se o mesmo prevê a ausência de responsabilidade administrativa? Ocorre que, o disposto no artigo em comento, da lei de licitações, não exclui a Administração Pública de qualquer responsabilidade, precisamente por que tal norma não detém como objetivo primordial o disciplinamento da responsabilidade administrativa e sim os atos licitatórios realizados por parte da Administração Pública.

Conforme elucida Gemignani:

[...] não se pode desconsiderar que a Lei n. 8.666/93 teve objetivo de instituir normas para licitações/contratos da Administração Pública e não para disciplinar a responsabilidade advinda da conduta omissiva e negligente dos entes estatais.

Ora, o artigo 71 da Lei n. 8.666/93 não isentou a Administração Pública do dever de acompanhar e fiscalizar a atuação da empresa contratada quanto ao efetivo cumprimento das obrigações legais trabalhistas.

Nem pode ser interpretado como permissivo legal que possibilite a adoção de conduta negligente por parte do ente público, que permite a violação de princípios jurídicos e cause lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que presta serviços em seu benefício. (GEMIGNANI, 2010, p.8)

Dessa forma, podemos inferir que a interpretação tendente a excluir qualquer parcela de responsabilidade por parte da Administração Pública não condiz com a real vontade da norma, posto que tal diploma não disciplina sobre a responsabilidade estatal diante da ausência da observância do seu dever legal. Assim, não há que se falar em integral isenção de responsabilidade por parte do ente público que contrata empresa prestadora de serviços.

Ocorre que a terceirização no setor público funciona como mecanismo de flexibilização das normas de direito público, isso se dá porque o Estado confere aos particulares a execução de atividades meio que outrora eram indelegáveis, visando assim, tolher o agigantamento da máquina estatal. E essa transferência de atribuição ao particular não

exime a Administração Pública de responsabilidade no contrato administrativo firmado entre ela e a empresa privada.

Nas palavras de Di Pietro (2012, p.251) “a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime de direito público”.

O contrato firmado entre a Administração Pública e a empresa prestadora de serviço é um tipo de contrato administrativo do tipo contrato de serviço. Conforme leciona Meirelles (2012, pg. 270) “o contrato de serviço é todo ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados.” Tais serviços podem ser especializados ou não, sendo estes últimos denominados de serviços comuns, pois não exigem qualquer habilitação especial para serem executados.

Os contratos de serviço muitas vezes se concretizam por meio das terceirizações e ainda que tais terceirizações fitem a contratação de execução de serviços comuns, que não exijam maiores especialidades, este fato não torna dispensável a realização de procedimento licitatório prévio, o qual é capaz de aferir aquele que em melhor condição está para contratar com o ente público.

Nesta senda, o Ente Público que contrata terceiro para prestar serviços inerentes à sua finalidade, não está eximido de responsabilidade, sendo esta a descrita no art. 37,§6º da Constituição Federal.

Tal entendimento estava consubstanciado na anterior redação da súmula 331 do TST, na medida em que o mero descumprimento das obrigações de cunho trabalhista e previdenciário por parte da empresa terceirizante geraria ao Ente Público, o dever de ressarcir aquele que fora prejudicado.

Porém, a atribuição da responsabilidade objetiva ao Estado, da forma entoada por tal dispositivo, tratava-se, basicamente, de um mecanismo de defesa, já que conferia aos trabalhadores uma maior segurança quando do inadimplemento pela empresa prestadora de serviços, garantindo aos obreiros a prerrogativa de recorrer ao ente estatal para receber as verbas trabalhistas que faziam jus. O Estado atuava, portanto, como um segurador universal.

Este cenário sofre alteração com o julgamento da ADC-16, modificando completamente o curso da responsabilidade trabalhista em caso de terceirização que envolva a Administração Pública, como se observa do exposto:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.71§ 1º8.66671§ 1º8.6669.032 (ADC – 16/DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001)

Nesta senda, conclui-se, pois, do novo entendimento do STF, que a mera inadimplência da empresa prestadora dos serviços não transfere automaticamente encargos trabalhistas ao Ente Público. A inadimplência contratual do intermediador não é causa de responsabilidade objetiva estatal.

Esse novo entendimento, portanto, foi responsável pela nova redação do item IV súmula 331, bem como o acréscimo dos itens V e VI a seguir demonstrados:

Súmula nº 331 do TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso

evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (grifos nossos)

Conforme ensina Di Pietro (2010) a regra da responsabilidade objetiva requer que o ato lesivo tenha sido praticado por agente público ou prestador de serviço público; que o dano, decorrente da prestação do serviço, tenha sido gerado a terceiros e que o causador do dano tenha agido no exercício de suas funções.

De acordo com o novo entendimento da súmula 331, TST, a Administração Pública deixa de responder objetivamente caso tenha observado o disposto no teor do item V na própria súmula, isto é, tenha cumprido o seu papel fiscalizador na relação trilateral. Desse modo, o Ente Público passou a ter um excludente de responsabilidade, na medida em que observe fidedignamente a probidade do procedimento licitatório, bem como, proceda na fiscalização do contrato de trabalho entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços.

Essa postura ativa da Administração Pública contratante de serviço terceirizado, nos dizeres de Di Pietro (2012), pode concretizar-se através de medidas como: exigência de atualização a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista; assim como, aplicação de penalidades à empresa prestadora de serviços em caso de descumprimento do contrato, no que tange às obrigações trabalhistas e previdenciárias; ainda, inserção aos contratos de cláusula que preveja a rescisão contratual em caso de inobservância do art.78, I e II da lei 8.666/93, dentre outras medidas. Sem a adoção de medidas como estas, a Administração Pública fica sujeita à responsabilidade objetiva tal como era aplicada na antiga redação do disposto no item IV da súmula 331.

Desse modo, observa-se que, a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei 8.666/93 não impede que a Administração Pública seja subsidiariamente responsabilizada diante do inadimplemento da empresa terceirizante. Pelo contrário, a responsabilização perdura caso seja comprovada a conduta culposa ou dolosa da Administração na fiscalização do cumprimento do contrato de trabalho entre a empresa prestadora dos serviços e os trabalhadores. Assim, “houve o deslocamento da questão da responsabilidade para o contexto fático-jurídico-probatório” (BRAMANTE, 2011, p.22). Isso significa que, a depender de cada

caso concreto, se restar evidenciada a culpa *in vigilando* da Administração Pública ela será, sim, responsabilizada pela sua conduta.

Conforme elucida Bramante (2011, p. 23), houve uma “aparente derrota da Súmula 331, do TST, pois o seu conteúdo não foi suplantado, mas sim o seu modo de aplicação final.” Isso significa que a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei 8.666/93 inibe que o Ente Público seja responsabilizado pela inadimplência da empresa terceirizante, como um segurador universal, sem ser aferida culpa ou dolo pela sua ação ou omissão. Por outro lado, se a Administração Pública não cumpre com o seu dever de fiscalizar o cumprimento e execução do contrato, causando lesão ao interesse dos trabalhadores ou de terceiros, deverá arcar com a sua parcela de responsabilidade.

Isso já se verifica da aplicação do disposto nos novos itens IV e V da súmula 331 na atual jurisprudência trabalhista, abaixo transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Provável ofensa ao artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - tendo em vista a discussão sobre a responsabilidade subsidiária de ente público - autoriza o provimento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ESTADO DO RIO DE JANEIRO . O item V da Súmula 331/TST assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa *in vigilando*. No caso, não é possível verificar a conduta culposa do 2º reclamado, uma vez que o e. Tribunal Regional confirmou a condenação subsidiária com fundamento tão somente no inadimplemento das obrigações trabalhistas. Nesse contexto, impõe-se a exclusão do Estado do Rio de Janeiro da lide. Recurso de revista conhecido e provido.(RR 266007420095010039 26600-74.2009.5.01.0039, Relator: Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira, Data de Julgamento: 22/08/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/08/2012).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331, V, DO TST. Agravo de instrumento provido a fim de se determinar o processamento do recurso de revista para melhor análise de violação do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO, SÚMULA 331, V, DO TST. Em que pese o recente reconhecimento da constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/1993 pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 16, julgada pelo STF em 24/11/2010), não foi afastada, in totum pela Excelsa Corte, a responsabilidade subsidiária dos entes estatais tomadores de serviços pela fiscalização do correto cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária na vigência do contrato administrativo. Com efeito, subsiste, ainda, a possibilidade de responsabilização subsidiária da entidade pública tomadora de serviços,

quando existente sua culpa in vigilando observada a partir da análise fática da conduta específica da administração pública. [...]. (TST - RR: 1448001320085010027 144800-13.2008.5.01.0027, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 06/02/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013)

Como se nota, a responsabilidade estatal será invocada nos casos de efetiva ação ou omissão do ente público. Não há mais uma responsabilidade genérica da Administração Pública, capaz de sanar qualquer irregularidade advinda da relação trilateral. Há, contudo, a necessidade de provar que o dano gerado no contrato de trabalho, ocorreu em virtude da conduta do Ente Público, concretizada na ausência de fiscalização. A partir daí, surge a responsabilidade subsidiária e objetiva estatal.

Por todo o exposto, nota-se que a adequação da Súmula 331, no contexto da Lei 8.666/93 foi fundamental para delimitar a abrangência de responsabilidade da Administração Pública diante do fenômeno da terceirização. Fato este que leva o ente público a efetivamente fiscalizar o cumprimento dos contratos a fim de evitar o ônus da responsabilidade, coibindo as fraudes que, por ventura, possam ocorrer.

Por outro lado, resulta evidente que a nova regulamentação, no tocante à responsabilidade da Administração Pública em terceirização, acarreta relevantes impactos na seara dos direitos trabalhistas. Há um novo cenário a se desenvolver, tendo em vista que a recente mudança acabou por fragilizar o obreiro em uma terceirização que envolva a Administração Pública.

Nesta senda, temos que o instituto da terceirização como fomentador de transformações no âmbito das relações jurídicas de trabalho, desde sua gênese, encontrou forte resistência de aplicabilidade, justamente em razão do seu conteúdo flexibilizador. E, como não poderia ser diferente, o instituto alterou até mesmo o emprego de algumas diretrizes inerentes ao ramo justralhista, assim como a aplicação de alguns princípios, os quais serão mitigados quando da aplicação da nova redação da súmula 331, a exemplo do princípio da condição mais benéfica, uma vez que, a anterior redação da súmula garantia aos trabalhadores a oportunidade de amplo ressarcimento pelo tomador do serviço, Administração Pública. Portanto, o obreiro poderá até recorrer ao Judiciário Trabalhista fitando à responsabilidade objetiva e subsidiária estatal. Todavia, restando comprovado o cumprimento do dever legal

por parte do Ente Público, a responsabilidade objetiva que é uma regra, passa a ser uma exceção, ou melhor, uma causa excludente de responsabilidade.

Todo este cenário é consequência das transformações sociais às quais cabe ao Direito acompanhar, bem como, amoldar-se, e de fato, a temática acerca da terceirização está longe da imutabilidade, sobretudo pela ausência de disciplinamento legal acerca da matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da terceirização suscitou controvérsias desde sua origem, no cenário jurídico brasileiro. Talvez pela insegurança diante de uma relação diversa da já delineada, o fenômeno da terceirização foi por longo tempo excluído do apreço do legislador. No entanto, como é notória a evolução fática em detrimento às normas, fez-se necessário o estudo deste fenômeno que, paulatinamente, vinha inserindo-se no âmbito jurídico brasileiro.

As primeiras regulamentações acerca desta temática tentaram mascarar ou limitar o genuíno significado do instituto, qual seja a desvinculação da relação jurídica laboral frente ao empregador real (tomador), verdadeiro beneficiário das prestações dos serviços, sendo o obreiro vinculado juridicamente a terceira pessoa, integrante da relação jurídica, constituindo, assim, uma relação trilateral.

Nesse sentido, o TST tratou de regulamentar o tema, uma vez que a ausência de amplo disciplinamento legislativo trazia verdadeiro caos quanto à abrangência e aplicabilidade do instituto. Primeiramente, o TST, regredindo na aplicabilidade do instituto, fixou o Enunciado 256. Posteriormente, veio a Suprema Corte Trabalhista revisitar o tema por meio da Súmula 331, responsável por grande alteração no que pese à abrangência do instituto. No ano de 2000, por meio da Resolução 96/2000 o tema da terceirização foi novamente posto em discussão, no que se refere à responsabilidade da Administração Pública frente à terceirização das quais fosse parte. No fim do ano de 2011, esse mesmo tema debatido pela Resolução 96/2000 foi alterado, dessa vez, em razão da ADC-16.

Como se constata, a trajetória do instituto da terceirização se desenvolve no cenário jurídico brasileiro de forma comedida e não linear, já que a construção de normas requer a análise do contexto social e histórico em que se situam.

Por ser um instituto que difere do modelo celetista de formação de vínculo laboral, a terceirização encontrou, inicialmente, certa resistência quanto a sua aplicabilidade, fato este que não poderia ser diferente. Atualmente, tal instituto goza de maiores atenções no cenário juslaboral brasileiro, demonstrando verdadeiro avanço no entendimento dos Tribunais e Suprema Corte Trabalhista.

Nesta senda, vimos que a terceirização representa verdadeira forma de flexibilização aos direitos sociais e trabalhistas do obreiro, o que leva a Justiça do Trabalho a acompanhar a evolução deste instituto, de forma a manter a segurança jurídica das relações terceirizadas, sobretudo quanto aos direitos laborais, alcançados arduamente ao longo do tempo.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the institution of outsourcing, since its historical origins to the present context, emphasizing their legislative developments. For this purpose, we used a doctrinal perspective, in an attempt to demonstrate the trajectory of this phenomenon, which gained strength because of globalization. This, responsible for the accuracy of boundaries and changing market economy, has important role in the spread of outsourcing, as it brought the need for incorporation of a new model of labor relations, more dynamic and flexible. Given this new reality, the institute is gaining ground in outsourcing, which divides, especially for its striking feature of flexibility of labor rights, making it necessary to study this issue that is gaining attention in the Brazilian legal scenario, especially after the change of view espoused by summarizing the TST 331, concerning the liability of the state bodies

Key words: Outsourcing. Flexibility. Sumula 331

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **As novas formas de acumulação de capital e as formas contemporâneas do estranhamento (alienação)**. Revista Caderno CRH, Salvador, n.37, jul./dez.2002. Disponível em: <<http://www.cadernocrh.ufba.br/viewarticle.php?id=128&layout=abstract&locale=pt>>. Acesso em: 06 julho. 2012.

BARRETO, Glaucia. **Curso de direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. **A história as súmula 331 do tribunal superior do trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização**. Mediações - Revista de Ciências Sociais, Londrina, n.1, Jan./Jun. 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657>>. Acesso em: 15 julho 2012.

BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização**. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/18479/a-aparente-derrota-da-sumula-331-tst-e-a-responsabilidade-do-poder-publico-na-terceirizacao> >. Acesso em: 14 agosto 2012

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

COSTA, Armando C.; FERRARI, Irani; MARTINS, Melchíades. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 37. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 11, fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-RODOLFO-PAMPLONA-FILHO.pdf> . Acesso em: 03 setembro 2012.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei n. 8.666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente?** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 1, p. 32-53, jan./mar. 2011. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/22316/002_gemignani.pdf?sequence=1 > . Acesso em: 05 maio 2013.

GRAF, Laila Priscila. **Entre a cozinha e o abatedouro: os sentidos do trabalho para as mulheres atuantes na indústria avícola**. 2009. 23f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2008.

SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. **Terceirização de serviços na Administração Pública e responsabilidade trabalhista**. Revista Novatio Iuris, Porto Alegre, ano II, n. 3, julho de 2009. Disponível em: <<http://www.esade.edu.br/esade/user/file/Esade06.pdf>>. Acesso em: 01 junho 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>

<http://www.tst.gov.br/web/guest/jurisprudencia>