

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – COGEAE

Fabiana Vieira dos Santos

TERCEIRIZAÇÃO E SEUS ASPECTOS LEGAIS

São Paulo

2016

FABIANA VIEIRA DOS SANTOS

TERCEIRIZAÇÃO E SEUS ASPECTOS LEGAIS

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-COGAE), como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, sob orientação do Professor Leonel Maschietto.

São Paulo

2016

FABIANA VIEIRA DOS SANTOS

TERCEIRIZAÇÃO E SEUS ASPECTOS LEGAIS

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-COGEAE), como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, sob orientação do Professor Leonel Maschietto.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso vai abordar a questão da terceirização e os impactos sofridos pelo empregado e pela sociedade, um dos temas juridicamente mais discutidos e polêmicos da atualidade, vistos que recentemente houve a votação de um projeto de lei que vem sendo discutido há anos, a fim de ampliar os efeitos da Terceirização. Atualmente apenas se pode terceirizar atividade de meio, jamais atividade de fim, ainda assim verificamos que algumas empresas burlam a legislação pátria, delegando suas atividades de fim para as empresas terceirizadas, o que causa inúmeros processos trabalhistas na justiça do trabalho a fim de dirimir o conflito. Diante de toda polêmica trazida pelo tema abordado, é que se estudará no presente trabalho de conclusão de curso, acerca da terceirização e suas peculiaridades.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. TERCEIRIZAÇÃO	8
1.1 A origem da terceirização	8
1.2 Conceito de Terceirização	9
1.3 Terceirização no Brasil.....	11
2. TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO	13
2.1 Princípios norteadores do Direito do Trabalho na Terceirização	13
3.1.1 Princípio da Aplicação da norma mais favorável	13
2.1.2 Princípio do in dubio pro operário	14
2.1.3 Princípio da Primazia da Realidade	14
2.2 Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho	14
3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	18
3.1 Surgimento da Terceirização	18
3.2 Quando uma terceirização é LÍCITA? (Por que há terceirização no Brasil?) ...	20
3.3 Serviços Públicos que podem ser terceirizados.....	21
4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	24
4.1 Responsabilidade nos contratos de terceirização.....	24
4.1.1 Responsabilidade solidaria	25
4.1.2 Responsabilidade subsidiária	26
5.2 Gestão e Fiscalização dos Contratos de Terceirização	27
5. TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PRIVADO	29
5.1 A licitude ou ilicitude da atividade	29
6. TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO	35
6.1 Existe Licitude ou Ilicitude no contrato de correspondente bancário?.....	35
7. O POSICIONAMENTO DO TST ACERCA DO PROJETO DA TERCEIRIZAÇÃO	43
CONCLUSÃO	50

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52
--	-----------

INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre Terceirização e seus aspectos legais e tem como objetivo analisar a terceirização como realidade no mercado de trabalho, os requisitos e princípios que a Administração Pública deve observar para descentralizar o serviço público, assim como, a fiscalização e gestão dos contratos de terceirização, além de analisar a forma de terceirização pelo ente privado e o posicionamento do TST.

Trata-se de uma abordagem do tema na atualidade, visando destacar os principais problemas da terceirização e da qualidade dos serviços prestados quando delegado a terceiros.

Entretanto, o escopo deste estudo é examinar até que ponto a terceirização é benéfica, bem como a Responsabilidade da Administração Pública diante da prestação de serviço realizado por terceiro, em quais aspectos ela incorre em falhas, e se de fato a palavra “terceirizar” significa entregar a terceiros as atividades não essências das empresas.

Abordará a origem da terceirização, qual seja taylorismo e fordismo, as diversas formas de trabalho que deram origem ao tema, os diversos conceitos adotados, o início do procedimento no Brasil, os serviços públicos que podem ser terceirizados, assim como as principais consequências que isso acarreta em nosso país.

Será analisada a súmula N. 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a Lei 8666/93.

Por fim, analisará o entendimento doutrinário e jurisprudencial, assim como as vantagens e desvantagens de terceirizar, bem como a licitude do fenômeno ora estudado.

1. TERCEIRIZAÇÃO

1.1 A origem da terceirização

O modelo de terceirização taylorista foi elaborado por Frederick Taylor, que tinha como objetivo controlar o tempo e o rendimento da produção, por meio da teoria dos tempos e dos movimentos.

Com a finalidade de racionalizar a produção, Taylor passou a controlar o fator tempo, instituindo um tempo-padrão. (...) ¹

O objetivo central do taylorismo era à obtenção da máxima produtividade, por meio da decomposição de cada processo de trabalho em movimentos rigidamente estudados e previstos, bem como a organização e execução das tarefas fragmentadas, separando-se o trabalho intelectual do trabalho manual e repetitivo.²

O nascimento do primeiro trabalho intelectual, foi atribuído aos empregados especializados, engenheiros e gerentes, por outro lado, o trabalho manual e considerado repetitivo foi delegado ao operário do chão de fábrica, totalmente destituído do poder criativo. (...) ³

As teorias de Taylor foram utilizadas por Henry Ford, que implantou a indústria automobilística em grande escala nos Estados Unidos, sendo essa também caracterizada pela produção em massa e divisão do trabalho.⁴

O modelo de produção de Ford desenvolve-se no Japão, na fábrica automobilística Toyota.

No modelo de produção Ford, os operários perceberam que futuramente não teriam tanta importância no processo produtivo, e conseqüentemente seriam substituídos por maquinário, logo, criaram resistência ao modelo implantado por Taylor, porém Ford para motivar os trabalhadores a aceitarem o modelo implantado, determinou a jornada de trabalho de oito horas diárias e plano de participação nos lucros.

¹ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito Contemporâneo**. São Paulo: LTR, 2003, p. 44.

² AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no Serviço Público**. São Paulo: LTR, 2009, p. 23.

³ Idem. Ibidem, p. 23.

⁴ VIEIRA, Maria Margareth Garcia. **A Globalização e as Relações de Trabalho**. 2 ed. Curitiba: Juará, 2005, p. 48.

Os métodos toytista juntamente com o modelo fordista passaram a ser adotados em grande escala com o crescimento da indústria. Desta forma, as fabricas se pulverizaram e a produção não mais se fez, integralmente, em um mesmo local, ganhando relevo à terceirização da produção, assim como a atividade de prestação de serviços. A terceirização apresenta-se assim, como uma técnica administrativa, que provoca o enxugamento da grande empresa, transferindo parte de seus serviços para outras empresas, ou seja, descentralizando a sua produção.⁵

Segundo Sergio Pinto Martins, a terceirização expandiu de forma abundante na Segunda Guerra Mundial, no momento em que as empresas produtoras de armas, estavam sobrecarregadas com a demanda de trabalho, e analisaram a ideia de delegarem serviços a terceiros, que seriam contratados para dar suporte ao aumento da produção.⁶

Ainda sobre a expansão da terceirização, pode se afirmar que as crises econômicas acarretaram o aumento de desempregados em nosso país, sendo este um fator determinante que contribuiu para o aumento do fenômeno denominado terceirização, uma vez que os empresários aproveitaram o referido momento para diminuir custos, adotando o novo sistema de contratação de mão de obra.

1.2 Conceito de Terceirização

Não existe no ordenamento jurídico, um conceito específico ou alguma definição técnica, que caracterize a terceirização propriamente dita, assim sendo, o referido instituto, muitas vezes recebe as seguintes denominações: terceirização, *contracting* e até mesmo quarteirização.

Em que pese seja criado todo um paradigma acerca da terceirização, a de se consignar que referida expressão é oriunda da palavra *terceiro*, ou seja, intermediário das relações de trabalho.

Sergio Pinto Martins define terceirização como sendo, “a possibilidade de contratar terceiro para realizar atividades que não constituem o objetivo principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto produção de bens como serviços”.⁷

⁵ VIEIRA, 2005, op. cit, p. 50.

⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização e o Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.2.

⁷ Idem, Ibidem, p.10.

Mauricio Godinho Delgado define terceirização da seguinte maneira:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista 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 trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.⁸

Entende-se que terciarização é o vocábulo não contido nos dicionários e que seria um neologismo. *Terciariu* seria originário do latim, proveniente do ordinal *tertiariu*.⁹

No tocante da Administração Pública, costuma-se empregar o termo *contracting out*, quando celebra vários tipos de acordos juntamente com o setor privado, como aqueles contratos de obras e prestação de serviços.¹⁰

Sergio Pinto Martins ressalta em sua obra a denominação de quarteirização, que é utilizada por países mais adiantados, ou o que se chamada de terceirização gerenciada.

... A quarteirização vem a ser a contratação de uma empresa especializada que se encarrega de gerenciar empresas *terceirizadas*, as parceiras. Normalmente contrata-se uma empresa completamente distinta das terceirizadas e especialista, no mercado, num determinado ramo de serviços ou administração de serviços. Essa empresa passa a administrar os fornecedores da terceirizante...¹¹

Os defensores da terceirização consideram o fenômeno como um moderno meio de gestão da empresa, aliado ao fato de permitir sensível redução dos custos empresariais da empresa contratante, e assim se obter maior empregabilidade no país.

A questão não é encontrar a melhor definição da terceirização, mas solucionar os problemas que surgem quando a atividade da terceirização é colocada em prática.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTR, 2010, p.414.

⁹ MARTINS, 2011, op. cit, p.6.

¹⁰ Idem, Ibidem, p. 8.

¹¹ Idem. Ibidem, p. 8.

Para os trabalhadores e seus sindicatos, o processo de terceirização tem sido, na verdade, um processo de precarização do trabalho e das condições de trabalho: salários menores, piores condições de trabalho, menos benefícios sociais.

Em contrapartida, para o segmento empresarial, a terceirização tem significado, por consequência, menores custos e maiores lucros, uma vez que ao terceirizar o empresário obtém mão de obra barata, e conseqüentemente redução de custos nos direitos trabalhistas de seus funcionários.

Importante ressaltar que a terceirização não afeta somente o ente privado, mas também os entes públicos vejam:

No caso do empregador público, a terceirização tem sido sinônimo de menores custos, já que não há que se falar em lucro no caso do setor público. Nos dois casos – público e privado – fala-se de aumento de produtividade e de eficiência, embora a experiência concreta não confirme. Pelo contrário, basta prestados nos diversos call centers de atendimento (que na sua esmagadora maioria são serviços terceirizados), aos “recalls” de peças de automóveis e de outros bens, onde parte da produção é terceirizada, e a almejada melhoria dos serviços públicos que não foi obtida após anos de terceirização no setor público.¹²

O objetivo da terceirização é a redução de custo e um bom desempenho dos serviços, para aumentar a produtividade e assim vencer a competitividade do mercado de trabalho, entretanto, é necessário seguir lei 8666/93 e a súmula 331 do TST, para evitar que eventuais problemas surjam com a contratação, o que estudaremos adiante.

1.3 Terceirização no Brasil

No Brasil, foi no período chamado desenvolvimento, no Governo de Juscelino Kubitschek que o país atingiu certa maturidade para a modernização industrial e uma nova inserção no mercado mundial, onde se instalou o símbolo maior da produção fordista: a indústria automobilística.¹³

A indústria automobilística contratou terceiros, com objetivo que esses produzissem partes dos componentes dos automóveis, podemos classificar como a chamada produção em massa.

¹² MARTINS, 2011, op. cit, p.6.

¹³ DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização**: (dês) fordizando a fábrica, São Paulo: Editora BOITEMPO, 1999, p. 57.

As empresas que tinham por atividade a limpeza e conservação também foram pioneiras na terceirização no Brasil e continuam sendo até os dias atuais.

Em 1990, o Brasil implantou o Programa Nacional de Desestatização, que possibilitou a venda de muitas empresas estatais, a transferência do controle acionário por meio de alienação de ações e o aumento de capital.

Os instrumentos privados foram transplantados para o Poder Público e setores não estatais criados, assim como, a preferência em transferir serviços públicos a empresas privadas, para buscar resultado mais qualificado, pela empresa contratante e para que a subcontratada pudesse desenvolver de maneira mais rápida as atividades não essenciais.

Entretanto, os sindicatos denunciaram os prejuízos sofridos pelos trabalhadores, como por exemplo, remuneração menor e perda de benefícios como alimentação, mas não é só, diante de tudo isso, os obreiros conseqüentemente sofriam sérios impactos em seus haveres trabalhistas.

Segundo Helder Santos Amorim a expansão no Brasil ocorreu a partir de 1994, na implantação do Plano Real, devido aos seguintes fatores: a baixa inflação e avanço da cobertura comercial e financeira, de forma indiscriminada e sem políticas públicas compensatórias.

2. TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

2.1 Princípios norteadores do Direito do Trabalhador na Terceirização

Os princípios normativos do trabalho são diretrizes de orientação das normas de um Direito independentemente de qualquer outro e que, podem ter um caráter interpretativo.¹⁴

O art. 8 da CLT dispõe que “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

O texto legal atribui aos princípios à função interpretativa e no caso de ausência ou obscuridade da norma jurídica para solucionar os conflitos.

Levando em consideração o Tema, vale ressaltar os seguintes princípios: **Princípio da aplicação da norma mais favorável, Princípio in dubio pro operario, Princípio da primazia da realidade.**

Vejamos a análise interpretativa dos referidos princípios.

3.1.1 Princípio da Aplicação da norma mais favorável

Em suma, o presente princípio afirma que para resolver um situação concreta, que se tenha mais de uma norma jurídica passível de aplicação, deve-se prevalecer aquela que for mais favorável ao trabalhador. “*in dubio pro operário*”.

Ocorre que tal princípio é contraditório à nossa Constituição Federal, uma vez que a carta magna reza em seu artigo 5º, I, que preza pela igualdade entre os contratantes.

Ocorre que no direito do trabalho, o trabalhador é visto como hipossuficiente na relação jurídica, ou seja, é a parte mais frágil, uma vez que o poder emana do empresário.

¹⁴ RUPRECHT, Alfredo J. **Os Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995, p. 7.

2.1.2 Princípio do in dubio pro operário

Esse princípio, assim como o estudado anteriormente, significa que quando há dúvida sobre a interpretação acerca de determinada norma jurídica, deve-se prevalecer a interpretação que for mais benéfica ao trabalhador, devido a sua hipossuficiência.

2.1.3 Princípio da Primazia da Realidade

No direito do trabalho, em caso de dúvida sobre o fato concreto do dia a dia e o que aparece em documentos, deve prevalecer a realidade dos fatos.

A prestação de serviço pessoal tem mais peso do que o simples acordo seja ele escrito ou verbal, logo, o contrato de trabalho não se firma num simples documento, mas sim na maneira que se dá a realização do serviço pelo trabalhador.

Com relação ao ente público, a terceirização na Administração Pública, deve respeitar os Princípios do direito do Trabalho, para que a contratação de terceiros, não gera para o Estado o dever de encargos trabalhistas, também deve ser analisado pela Administração a Súmula 331 do TST, que traz as diretrizes de como se dá a terceirização no Brasil, já que não existe uma lei que regulamente a atividade.

2.2 Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Antes de citar a Súmula 331 do TST, não podemos esquecer que a primeira manifestação da jurisprudência trabalhista sobre o tema, foi à súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho, hoje cancelada.

A Súmula 331 do TST foi aprovada pela Resolução Administrativa nº 23/93, de 17 de dezembro de 1993, de acordo com a orientação do órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, tendo sido publicada no Diário da Justiça da União de 1993, *in verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I – Contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 3.1.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou funcional (art. 37, II, da CF/ 88).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem do título executivo judicial.

A resolução TST Nº 174, de 24/ 05/ 2011, deu a nova redação ao inciso IV e acrescentou os incisos V e IV à Súmula 331 do TST.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participação 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 nos cumprimentos das obrigações da Lei 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 referente ao período da prestação Laboral.

Desta forma, a súmula do TST será analisada, tendo em vista sua relevância, acerca da terceirização.

A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo com o tomador de serviço, salvo nos casos de trabalho temporário, desde que não haja pessoalidade e subordinação direta do empregado terceirizado com a tomadora de serviço.

Embora o trabalho temporário seja tratado como exceção à formação do vínculo, este não pode ultrapassar mais de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e da Previdência social.

A contratação de trabalhadores por empresa interposta, só é ilegal, quando há fraude.

No que tange a Terceirização na Administração pública, mesmo que a terceirização seja realizada de maneira irregular, não há formação do vínculo empregatício com a Administração pública.

A Constituição Federal reza em seu artigo 37, II “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso Público (...)”.

A lei 9962/2000 regulamenta a criação de emprego público, assim ele só pode ser criado através de Lei, portanto, se há entre o Estado e o trabalhador uma empresa interposta que o contratou para exercer função terceirizada, esta “contratação irregular” de fato não gera e nem poderia gerar vínculo de emprego com a AP, porque não houve concurso público nem há emprego público criado por lei (...) ¹⁵

Quando uma pessoa trabalha para a Administração Pública, sem que tenha prestado concurso, ainda que o trabalho seja lícito e que seja reconhecido que esta trabalhava com pessoalidade, habitualidade, subordinação, onerosidade, não será reconhecido o vínculo de emprego.

A discussão existente sobre trabalhadores nessas condições é decorrente, do Direito do trabalho adotar como princípio a **Primazia da Realidade**.

O Princípio da Primazia da Realidade não deve prevalecer diante do art. 37, inciso II da Constituição.

Diante do exposto, o vínculo empregatício não é formado porque falta os requisitos estabelecidos no art. 37, II da Constituição Federal.

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.

A súmula 331 do TST sofreu alterações em maio de 2011, para que questões como esta fossem resolvidas, pois não é justo ao trabalhador que foi desviado de sua função ou que ao realizar um trabalho lícito não receba por seu

¹⁵ SILVA, Antônio Álvares. **Globalização, Terceirização e a Nova Visão do Tema pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTR, 2011, p. 72.

trabalho, caso a empresa terceirizante deixe de pagar as verbas trabalhistas devidas ao terceirizado.

Isentar o Estado de responsabilidade nessas situações é retroceder à Idade Média e acolher o postulado do *Princeps a legibus solutus est*, ou seja, a lei não existe para o príncipe, mas tão só para os demais mortais.¹⁶

Desta forma, a súmula 331 trata da responsabilidade subsidiária, da Administração pública, diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da terceirizada, havendo conduta culposa nas obrigações estabelecidas na lei 8.666/93 e por falta de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais.

¹⁶ SILVA, 2011, op. cit, p. 73.

3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Surgimento da Terceirização

Em meados do século XX, começaram as reações contra o Estado Liberal, pois havia necessidade de maior participação do Estado no âmbito da economia e social.

O proletariado estava em condições de miséria e os princípios do liberalismo eram insuficientes para resolver o problema, entretanto, depois da Segunda Guerra Mundial, consolidou-se o Estado social, que tinha como objetivo acabar com a desigualdade e o individualismo que tinham sido criados no Estado liberal, ascendendo à preocupação com o bem comum, com o interesse público e com a justiça social.

Com o crescimento dos direitos sociais e econômicos, as atividades do Estado cresceram desmesuradamente.

O Poder de Polícia, que restringia os direitos individuais no Estado liberal, sofreu modificações no Estado social, que contribuíram para o crescimento do Estado e das suas atividades, passando a atuar na segurança e nas relações entre particulares.

Nota-se que, com o Estado social, as relações entre a Administração e o particular aumentaram-se, e a sociedade passou querer: escola, moradia, saúde, transporte.

Em 1967, o governo militar, com objetivo de instituir reformas administrativas, criou o Decreto-Lei n.200/67, que possibilitou o Administrador público a recorrer a Iniciativa privada, para realização de tarefas executivas. Através deste decreto, entidades descentralizadas, passaram a compor a administração pública indireta do Estado.

Assim a terceirização ganhou espaço na máquina pública, mas nessa época não havia exigências constitucionais para a contratação de empregados públicos, isso possibilitava que à Administração pública contratasse diretamente e sem prévio concurso.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, este quadro alterou-se profundamente, pois se passou a exigir a ampla submissão a concurso público para admissão em “cargo e emprego público” .¹⁷

Esta exigência, fez com que o número de funcionários públicos reduzisse, e os administradores tiveram que encontrar meios alternativos, para suprir a falta de funcionários, como contratações temporárias irregulares.

Dentre estes artifícios, a contratação de serviços – a terceirização, legalmente concebida para obtenção de apoio administrativo, passou a ser utilizada como poderoso instrumento de inserção de mão-de-obra, nos mais diversos setores (...) ¹⁸

No governo de Fernando Henrique, foi aprovada a EC n.19/1998, visando, uma reforma no aparelho do Estado e um modelo de administração pública gerencial, de resultados.

A partir da reforma à Administração Pública adotou os seguintes preceitos:

- a) A eficiência no desempenho da atividade pública, que passou a constituir ao lado da legalidade e da moralidade, um princípio Constitucional regedor da nova Administração (...)
- b) A ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos públicos, por meio do controle da gestão, em que são fixadas metas de desempenho passível de controle, a serem cumpridas pelos seus respectivos administradores (...)
- c) No plano da estrutura organizacional, a reforma a visou descentralização (...)
- d) No plano funcional, foi promovida a fixação de teto salarial para todo funcionalismo público, além de outras restrições remuneratórias (...) ¹⁹

Deste modo, foram criados dois regimes jurídicos funcionais dentro do Estado, um regime de Direito Público, destinado aos servidores estatutário e o Regime de Direito Privado (CLT), destinado a empregados públicos.

¹⁷ AMORIM, 2009, op. cit, p.63.

¹⁸ Idem, Ibidem, p 64.

¹⁹ Idem, Ibidem, p 65.

(...) a terceirização, na reforma, foi tida como técnica de contratação de serviços auxiliares e de apoio, no âmbito dos estritos setores que o Estado deve necessariamente atuar, após haver transferido, a iniciativa privada, pelos meios específicos de desestatização, a responsabilidade pela gestão das atividades e serviços considerados inconvenientes a atuação estatal.²⁰

Sergio Pinto Martins ressalta como vantagens da terceirização:

(...) O que tem de ser visto é que o Estado, ao fazer terceirização, reduzirá a burocracia estatal, procurando desenvolver apenas a atividade em que é especializado, deixando a atividades secundárias nas mãos do particular, que é mais eficiente. Mostra também uma forma de realocação de receitas para o cumprimento das reais responsabilidades, do Estado, com a diminuição de custo (...).²¹

3.2 Quando uma terceirização é LÍCITA? (Por que há terceirização no Brasil?)

Para que a terceirização seja lícita e válida, não pode existir o vínculo empregatício, caracterizado pela pessoalidade e subordinação. É vedado ao tomador de serviço controlar a jornada de trabalho do terceirizado e lhe dar ordens para execução das atividades, devendo sempre se reportar ao responsável da prestadora. Além do que é essencial que a atividade prestada seja concernente à atividade - meio da empresa, frequentemente tem se utilizado a terceirização para atividade – fim, ensejando – se assim a terceirização ilícita.

As empresas estatais e instituições financeiras também utilizam a terceirização com fim de burlar a legislação trabalhista e com isso obter redução de custos e eximir-se dos encargos e tributos, vejamos a seguir:

Atendendo a denúncias de empregados e ex-funcionários das empresas Furnas e Petrobras, bem assim de instituições financeiras como Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, o Ministério Público do Trabalho passou a investigar o uso da mão-de-obra nas estatais. Constatou que empresas públicas entregam para prestadores de serviços ou cooperados cargos que deveriam ser ocupados por pessoas que prestam concursos públicos. Além disso, constatou que trabalhadores terceirizados recebem salários inferiores e não têm os mesmos direitos que os efetivos (contratos com carteiras); não têm os mesmos treinamentos dos funcionários efetivos e estão mais sujeitos a acidentes de trabalho.²²

²⁰ AMORIM, 2009, op. cit, p. 67.

²¹ MARTINS, 2011, op. cit, p.143.

²² FERRAZ, Fernando Bastos. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2006, p.25.

3.3 Serviços Públicos que podem ser terceirizados

Antes de tratar dos serviços públicos que podem ser terceirizados, devemos entender o que é um serviço público?

O conceito de Serviço Público não está definido em lei, assim há divergência na doutrina. A identificação das atividades que concretamente configuram um serviço público é variável no tempo e no espaço, de acordo com a opção feita em um dado momento pelo Estado.²³

De acordo, com Marçal Justen Filho discutir serviço público conduz a enfrentar questões políticas e jurídicas essenciais. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado a livre iniciativa do particular. Essa é uma questão histórica, e cada Estado desenvolve um modelo peculiar (...) ²⁴

Na visão de Odete Medauar, Serviço Público refere-se à *atividade prestacional*, em que o poder público propicia algo necessário a vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano (...) ²⁵

Para Hely Lopes, *Serviço público* é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.²⁶

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 175, que compete ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviço público.

A Lei 8666/93 em seu art. 6º, II define serviço público como “ toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico- profissionais”.

Já o Decreto Lei 2.271/97 determinou que o serviços públicos pudessem ser terceirizados, quando se tratar de atividades meio, para cargos extintos ou em extinção. Assim determina o artigo 1º do decreto:

²³ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTR, 2001, p. 97.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, apud. AMORIM, 2009, op. cit, p.85.

²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15 ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 334.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.333.

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

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

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

Hoje o Estado terceiriza, além das outras atividades, serviços como: coleta de lixo, transporte público, mediação de consumo de água, de gás, de energia elétrica, na distribuição de contas e assistência técnica ao consumidor nas referidas áreas, na frota de veículos da Administração pública.²⁷

Os serviços penitenciários também tem sido alvo da terceirização no Brasil, o modelo foi adotado nas seguintes penitenciárias: penitenciárias do Paraná e no Ceará.

Os Estados contrataram uma empresa Humanista (Administração Prisional), que se responsabilizou por todas as atividades da penitenciária.

A aplicação do sistema na penitenciária do Paraná produziu bons resultados, pois a empresa Humanística firmou convenio com outras empresas para que os detentos fossem empregados, isso aumentou a recuperação dos presos. Já no Ceará o resultado não foi tão interessante e o Ministério Público propôs uma Ação Civil Pública para anular o contrato com a empresa Humanística.

Embora os serviços terceirizados no setor público estejam crescendo a cada dia, a Administração Pública não poderá terceirizar serviços que lhes são peculiares, como de Justiça, Segurança Pública, fiscalização, diplomacia.²⁸

Cada entidade federativa (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) dispõe de autonomia constitucional (Constituição, art.18) para promover a organização de sua administração pública e, nesse contexto, para delimitar

²⁷ MARTINS, 2011, op. cit, p.142.

²⁸ Idem, Ibidem. p. 143.

normativamente as atividades passíveis de terceirização no âmbito de suas pessoas jurídicas de Direito Público.²⁹

O DL n. 200/1967 e o Decreto Federal n. 2.271/1997, ao disporem sobre a terceirização na organização administrativa da União, não delimitam, portanto, os serviços passíveis de terceirização no âmbito da administração pública dos Estados federados, do Distrito Federal e dos Municípios, por força de suas autonomias administrativas.³⁰

De acordo com a Instrução Normativa nº 02/2008 os serviços continuados podem ser terceirizados, conforme prevê:

Art. 6º Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

Embora a Instrução Normativa 02/2008 e 03/2009 autorizem a terceirização desses serviços, esses não geram vínculo com a Administração, entretanto, a terceirização deve deixar claro no edital de licitação e no contrato o objetivo da contratação.

O artigo 9º da Instrução Normativa 02/2008 descreve quais as atividades que não podem ser terceirizadas pela Administração.

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

- a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;
- b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;
- c) atos de inscrição, registro ou certificação; e
- d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos

²⁹ MARTINS, 2011, op. cit, p.128.

³⁰ Idem. Ibidem, p. 128.

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Um dos meios de que se vale a Administração para cumprir suas múltiplas atribuições e realizar as atividades decorrentes é a técnica contratual.³¹

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello pode-se conceituar Contrato Administrativo da seguinte forma:

...é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas as sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.³²

De acordo com a obra de Odete Medauar, os contratos celebrados pela Administração, são norteados pelo direito público, seu regime jurídico teve início no século XX. No ordenamento jurídico brasileiro este regime está contido na Lei 8.666/93.³³

A lei 8.666/93 também traz o conceito de Contrato Administrativo em seu artigo 2º, parágrafo único:

Para fim desta lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Deste modo, o contrato de terceirização deve ser regido pela lei 8.666/93, assim como deve ser observado à súmula 331 do TST.

4.1 Responsabilidade nos contratos de terceirização

Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva.³⁴

³¹ MEDAUAR, 2011. Op. cit, p. 222.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 557-558.

³³ MEDAUAR, 2011, op. cit, p.224.

³⁴ MELLO, 2006, op. cit, p.983.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p.342):

Cada vez que a Administração Pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando. Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.³⁵

4.1.1 Responsabilidade solidaria

A Lei n. 6.019/ 74 criou a responsabilidade solidaria, porém só era aplicada nos casos de falência da empresa terceirizante e não vinculava o pagamento de todas as verbas do contrato de trabalho.

Há solidariedade quando “existindo multiplicidade de credores ou de devedores na obrigação, ou de uns e outros, cada credor tem direito à totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor”.³⁶

De acordo com art. 265 do C.C “A solidariedade não se presume, resulta da lei; resulta da lei ou da vontade das partes”.

A Lei nº 9.711/98 revogou o parágrafo segundo do art. 71 da Lei 8666/93 que atribuía a Administração a responsabilidade solidária, assim não se aplica mais a Administração essa responsabilidade.

É importante ressaltar, que a discussão sobre responsabilidade a responsabilidade da Administração Pública não é fácil de decidir, assim o julgamento dos processos que tratam de responsabilidade solidaria no TST, foram suspensos em março de 2012 por decisão da Ministra Rosa Weber, conforme mostra a reportagem a baixo:

Um impasse que já dura mais de um ano entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST) levou à paralisação, no começo de março, de milhares de processos trabalhistas que tratam da "responsabilidade solidária" da administração pública em relação aos direitos de funcionários de empresas terceirizadas. Por esse critério, se a empresa privada não pagar seu empregado, o órgão público que a contratou é o responsável.

³⁵ DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

³⁶ MARTINS, 2011. Op. cit, p.135.

Só no TST, tramitam 10 mil processos sobre o tema. Todos estão com o julgamento suspenso. Segundo magistrados, milhares de ações em andamento nos demais tribunais trabalhistas também foram prejudicados. A magistrada afirma que, caso o Supremo derrube a responsabilidade solidária, pode haver um prejuízo grande para o trabalhador. Isso é preocupante porque a maior parte das relações trabalhistas acaba na terceirização e ela está no dia a dia. Em boa parte dos processos, não haverá ninguém para pagar.³⁷

4.1.2 Responsabilidade subsidiária

A Responsabilidade subsidiária é a que vem em reforço de ou em substituição de. É uma espécie de benefício de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviço), paga o devedor secundário (a empresa tomadora de serviço).³⁸

Se a tomadora é beneficiada da prestação de serviços do trabalhador, deve responder subsidiariamente, conforme orientação do inciso IV da súmula 331 do TST.³⁹

O não pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado mostra inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços. Isso indica que a tomadora dos serviços tem culpa *in eligendo* e *in vigilando*, pela escolha inadequada de empresa inidônea financeiramente e por não fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhistas.⁴⁰

A responsabilidade subsidiária só existe se o devedor principal não adimplir a obrigação. Nesse caso, o responsável subsidiário irá responder desde que tenha participado da relação processual e tenha havido trânsito em julgado da decisão.⁴¹

Conforme o ensinamento de Antônio Álvares da Silva, a responsabilidade adotada pela súmula é maior do que a prevista na Lei n. 6.019/1974 – art. 19. A empresa tomadora é responsável pelos créditos trabalhistas que a empresa terceirizante teria que pagar ao empregado cedido. Nota-se: a empresa tomadora paga salário ao empregador que lhe é cedido temporariamente. A empresa de serviço temporário é responsável pelas indenizações legais e demais direitos.⁴²

³⁷ GLOBO.COM. Disponível EM <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2012/03/impasse-na-justica-paralisa-acoes-sobreterceirizacao-no-setor-publico.html>> Acessado em: 03 abr. 2016.

³⁸ MARTINS, 2011, op. cit, p.137.

³⁹ Idem. Ibidem, p. 137.

⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 137.

⁴¹ Idem, Ibidem, p. 138.

⁴² SILVA, 2011, op. cit, p.81.

Ocorre que, o art. 71 da lei 8669/93 diz o seguinte:

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.

Por que razão foi proposta uma Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 71 da lei 8666/93, porque a alteração trazida pela Súmula 331 do TST foram contrárias ao estabelecido no artigo.

O STF declarou a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8666/93 (ADC16, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.10). Entretanto, admitiu que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* do ente público, será possível a sua responsabilidade pelos encargos trabalhistas, porém a administração responderá pela falta de cuidado.⁴³

A Ação Direta de Constitucionalidade n.16, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significava que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.⁴⁴

Deste modo, para que a administração seja responsabilizada pelas verbas trabalhistas de modo subsidiário, o empregado deve demonstrar que houve culpa *in vigilando* por parte da Administração.

5.2 Gestão e Fiscalização dos Contratos de Terceirização

À Administração tem a prerrogativa de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos, nos termos do art. 58, inciso III, da lei 8666/93.

A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, entretanto, caberá à CONTRATADA a designação de um profissional, denominado Preposto, para representá-la nas dependências do

⁴³ SILVA, 2011, op. cit, p.150.

⁴⁴ VASCONCELOS Armando Cruz. **Administração pública, terceirização e responsabilidade.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18661/administracao-publica-terceirizacao-e-responsabilidade>> Acessado em: 12 jun. 2016.

CONTRATANTE e, também, promover o controle de pessoal, respondendo perante o Fiscal do Contrato por todos os atos e fatos gerados ou provocados por sua equipe, cuidando inclusive da frequência.

O TCU, em sua Ata nº 19, de 11 de junho de 2002, sessão extraordinária que analisou as contas do Governo de 2001, também, constata que:

Outra importante comprovação efetuada por este tribunal diz respeito à ausência de controle efetivo sobre a execução de serviços terceirizados, especialmente com relação àqueles cuja execução é medida por horas trabalhadas (...).

Ainda que, o TCU tenha observado a falha na fiscalização dos contratos de terceirização em 2001, o problema se estende até hoje, são apresentados questionamento sobre a forma que se deve ocorrer a fiscalização e se a Administração pode terceirizar a atividade de fiscalizar?

A Lei 8666/93 em seu art. 67 trata da atividade de fiscalização dos contratos da seguinte forma:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Deste modo, para que os atos de fiscalização sejam válidos, o responsável deve ser investido em cargo ou emprego Público.

Nos termos do art. 70 da Lei 8666/93, embora a Administração acompanhe e fiscalize os contratos, o contratado será responsável pelos danos causados diretamente a Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa e dolo na execução dos contratos.

Portanto se Administração Pública, tomar conhecimento que a contratada não está pagando os empregados, não poderá rescindir o contrato, uma vez que essa irregularidade não constitui os motivos estabelecidos no o art. 78 da Lei 8666/93.

5. TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PRIVADO

5.1 A licitude ou ilicitude da atividade

Como podemos observar, a terceirização é uma forma de prestação de serviços dentro das relações de trabalho, que permite uma relação trilateral em face da contratação da força de trabalho: (i) o trabalhador, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora dos serviços; (ii) a empresa fornecedora da mão-de-obra, que contrata o trabalhador e com quem é firmado o vínculo jurídico pertinente, e (iii) a empresa tomadora de serviços, recebedora da prestação de serviços, mas que não assume a posição de empregadora do funcionário.

Contudo, cumpre esclarecer que não foi à terceirização objeto de uma legislação que disciplinasse de forma satisfatória as suas implicações jurídicas, sendo que, na atualidade, utiliza-se a Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, como norma regulamentadora de tal prática.

De acordo com a Jussara de Barros Amorim Araújo, é imprescindível que se faça uma diferenciação entre terceirização lícita e ilícita, vejamos:

É crucial que se faça a distinção entre a terceirização lícita e a ilícita. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece como situações ensejadoras da utilização regular do instituto, a contratação de atividades de vigilância disciplinadas pela Lei nº 7.102/83 e as de conservação e limpeza. Outro grupo de situações se refere a serviços especializados ligados a atividade-meio da empresa tomadora de serviços, que não se amoldam ao núcleo das atividades empresariais do tomador e, portanto, não se configuram como suas atividades-fim. A esse respeito, vale observar que, na dúvida do tomador sobre o enquadramento da atividade que pretende terceirizar, é possível consultar a Superintendência Regional do Trabalho, a fim de que tal órgão dê as diretrizes pertinentes.

As situações excepcionais trazidas pela referida súmula, sob a forma de intermediação de mão-de-obra, são aquelas previstas na Lei nº 6.019/74, que consistem na necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente e acréscimo extraordinário de serviços, sendo certo que, primordialmente, o contrato de trabalho temporário, em relação a um mesmo trabalhador, não pode exceder de três meses, a não ser que haja autorização do Ministério do Trabalho e Previdência Social local para prorrogação por uma única vez pelo mesmo período. Deve o ajuste ser escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei, além de que na CTPS obreira será anotada a sua condição de temporário.

Nos termos da Súmula 331, a terceirização não pode ser usada como forma de burlar os preceitos trabalhistas que regulam o verdadeiro contrato de trabalho nem as disposições de ordem pública do Direito do Trabalho, sendo que a terceirização será lícita desde que inexistente a personalidade e subordinação direta entre trabalhador e tomador de serviços, à exceção da

intermediação de mão-de-obra na modalidade de contratação para substituição de pessoal regular e para atender a acréscimo excepcional de serviços, hipóteses em que os trabalhadores ficam sob a subordinação direta do tomador de serviços e podem trabalhar nas atividades-fim da empresa.

Para a terceirização ser considerada ilícita, deve se enquadrar em toda e qualquer atividade que não foi mencionada acima e, nesta hipótese, o Poder Judiciário considera desfeito o vínculo laboral com a empresa prestadora, formando-se o vínculo trabalhista diretamente com o tomador de serviços.

Da mesma forma, no contrato de trabalho temporário regido pela Lei nº 6.019/74, sendo desrespeitados tais requisitos, a empresa tomadora estará sujeita ao reconhecimento do vínculo de emprego direto com o empregado terceirizado e à atuação do Ministério do Trabalho e Emprego.

Conforme a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a empresa tomadora de serviços responde subsidiariamente com relação ao inadimplemento das obrigações trabalhistas do empregador, em face da terceirização procedida, contudo, com relação a aspectos processuais, a jurisprudência se pronuncia no sentido de que a referida responsabilidade subsidiária do tomador de serviços somente será decretada se o mesmo estiver presente no polo passivo da demanda trabalhista e constar do título executivo judicial como responsável subsidiário para satisfazer os créditos trabalhistas, no caso de inexistência ou insuficiência de bens da empresa prestadora.

A fim de evitar prejuízos em virtude da responsabilização subsidiária, faz-se necessário que as empresas escolham bem as terceirizadas e fiscalizem a sua atuação, levando-se em consideração que o Poder Judiciário tem condenado as tomadoras do serviço, independentemente da lisura na contratação, quando há sonegação de direitos dos empregados. Não raro, empresas terceirizadas fecham as portas e desaparecem, ficando a conta com a empresa tomadora dos serviços.

Algumas atitudes preventivas podem ser tomadas pelas empresas com o cunho fiscalizatório indicado acima, tais como: exigir da empresa prestadora os comprovantes de recolhimento do FGTS, contribuições previdenciárias e recibos de pagamento dos salários e férias dos seus empregados; fazer constar no contrato de prestação de serviços cláusula de retenção do valor a ser repassado ao final do pacto, até a comprovação da quitação dos créditos trabalhistas; supervisionar o tratamento que a empresa terceirizada dispensa a seus empregados; solicitar os termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados dispensados e estabelecer um canal aberto com trabalhadores terceirizados para registrar reclamações.

Assim, verifica-se que a terceirização trabalhista tem por escopo flexibilizar as possibilidades de que dispõe o empregador para contratar empregados para a consecução das atividades-meio da empresa, que são atividades periféricas que apenas indiretamente dão andamento ao negócio. Trata-se, sem dúvida, de uma importante ferramenta capaz de reduzir os custos empresariais decorrentes dos pesados encargos trabalhistas que, via de regra, acompanham o contrato de trabalho. No entanto, a sua utilização deve se dar dentro dos limites da licitude e com a devida fiscalização da atuação da empresa prestadora dos serviços terceirizados, sob pena de configurar-se em fraude aos preceitos que regem as relações de trabalho, podendo ser considerado o vínculo direto do empregado com o tomador de serviços, ou ainda impor à empresa tomadora prejuízos advindos de

eventual sonegação de obrigações trabalhistas dos empregados contratados.⁴⁵

Em primeiro momento, a terceirização seria um modelo ideal para o desenvolvimento de atividades de meio, ocorre que dentro do setor privado, nota-se que estamos diante de uma fraude da terceirização, visto que as empresas privadas estão privatizando suas atividades fim, com o objetivo de burlar as normas trabalhistas, com mão de obra barata.

No ano de 2014, o STF ao considerar o tema matéria de repercussão geral, trouxe aos empresários a esperança de uma nova proteção à livre iniciativa, uma vez que a ideia central era exatamente a de reverter uma questão que as empresas vêm perdendo há anos na Justiça do Trabalho, por meio de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do trabalho, cujo objeto é o pedido de indenizações exorbitantes inerentes às referidas ações.

O tema em comento foi tratado em cerca de 20 mil processos que tramitavam no Plenário, os quais aguardavam por julgamento, a questão que se discute é se as empresas podem ou não terceirizar suas principais atividades.

O STF alegou na ação que a aplicação da Súmula 331 do TST, que proíbe a terceirização das principais atividades da empresa, vai contra preceitos fundamentais da Constituição Federal, sendo que dentre eles se pode destacar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Avalia se que a ideia central do STF, era flexibilizar mais as regras que envolvem terceirização, em especial naqueles setores que existem leis específicas como o de telefonia.

Ao analisar a referida ação, e observarmos com os olhos “obreiros”, chegaremos à conclusão de que estamos diante da precarização dos direitos trabalhistas.

De outro prisma, se analisarmos o posicionamento do STF, com os olhos “empresários”, verificaremos que com a atual redação da Súmula de nº 331 do TST, o Brasil perde investimentos bilionários por conta da insegurança jurídica a eles trazida.

⁴⁵ ARAÚJO Jussara de Barros Amorim. **Terceirização Trabalhista no Âmbito Privado**. Disponível em: <<http://www.trigueirofontes.com.br/artigo.php?idArtigo=86>, s.d> Acessado em: 29 jul. 2016.

Recentemente, o tema voltou a ser alvo dos noticiários, no momento em que o Ministro do STF, recomendou que a ação sobre terceirização fosse a plenário.

Muitos entendem que a Terceirização é sinônimo de precarização das relações de trabalho, uma vez que o fenômeno traz como consequência a redução da remuneração, benefícios e garantias dos trabalhadores em razão de sua não vinculação direta junto à empresa que utiliza sua mão-de-obra.

Observa-se que o problema já começa no momento em que as empresas começam a dispensar funcionários de determinados setores, para substituí-los por mão-de-obra barata, ou seja, funcionários terceirizados.

Podemos concluir que a precarização das normas trabalhistas ocorrerá sempre que a ação provocar redução de salário e benefícios dos trabalhadores, ou até mesmo quando houver troca do funcionário direto por outro vinculado a uma empresa de prestação de serviços.

O projeto de lei que expande a terceirização no País é o projeto 4330/2004, na última vez que teve sua aprovação na Câmara dos Deputados, não foi remetido ao Senado Federal, haja vista que o projeto ainda necessita de finalização de procedimentos institucionais.

A classe empresária, esperava ansiosamente por esse momento, enquanto em relação à classe obreira, podia se observar o rosto de preocupação e angústia das pessoas, ao verem seus direitos sendo retirados de forma arbitrária.

Mas ainda, a expectativa é de quando o processo começar a tramitar no Senado irá enfrentar muita resistência e sofrer trágicas alterações, uma vez que dois Senadores já se pronunciaram dizendo que não concordam com alguns pontos do projeto, e outros vários senadores já falaram em público que não concordam em nada com o projeto.

O Presidente do Senado garantiu que terá uma discussão criteriosa e que o Senado jamais irá permitir uma pedalada nos direitos do trabalhador, ainda em seu discurso disse que o projeto tramitou 12 anos na Câmara, no entanto no Senado terá sua tramitação normal.

Segundo parte majoritária dos Senadores, a Terceirização é muito importante porque moderniza o País, no entanto não pode ocupar espaço na

atividade principal das empresas, uma vez que tal prática afrontaria os direitos dos trabalhadores.

Ocorre que diante do posicionamento do Senado Federal, recentemente, o tema voltou a ser alvo dos noticiários, no momento em que o Ministro do STF, recomendou que a ação sobre terceirização fosse a plenário.

A matéria extraída do site, isto é, traz a seguinte redação:

O Supremo Tribunal Federal (STF) será obrigado a se posicionar sobre a terceirização irrestrita se o Senado Federal regulamentar esse tipo de contrato apenas para algumas atividades. O ministro Luiz Fux, relator de uma ação que questiona a constitucionalidade da terceirização em todos os setores, recomendou na semana passada, que a matéria seja incluída em pauta do plenário do STF. A decisão do ministro dá mais urgência para votação, pelo Senado, do texto que foi aprovado pela Câmara. Se os parlamentares aprovarem a regulamentação para todas as atividades, a ação do STF perde automaticamente seu objeto.

O tema é uma das principais pautas econômicas em trâmite no STF porque afeta os direitos de 13 milhões de brasileiros que são terceirizados. Como mostrou reportagem do “O Estado de S.Paulo”, o governo decidiu patrocinar o projeto aprovado no início de 2015, que conta com o apoio de associações patronais, mas é rejeitado pelas centrais sindicais. A equipe do presidente Michel Temer quer a regulamentação da terceirização até o fim deste ano, juntamente com o andamento da reforma da Previdência.

O Senador Paulo Paim (PT-RS) já avisou que vai apresentar um novo texto para colocar “limites” na terceirização. Ele defende que esse tipo de contrato só seja permitido nas chamadas atividades-meio, ou seja, as que não compõem o principal objetivo operacional da empresa, mesmo posicionamento de uma jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que impede a terceirização de atividades-fim (que identificaria a área de atuação de uma empresa). Para o empresariado, porém, esse é um conceito bastante vago.

“Não há parâmetro técnico ou legal para dizer que terceirizar atividade-fim significa a precarização do trabalho”, disse Flávio Unes, do escritório Silveira e Unes. Ele defende a Febratel (Federação Brasileira de Telecomunicações), que conseguiu uma liminar, dada pelo ministro Teori Zavascki.

Na prática a decisão permite que o setor de telecomunicações continue contratando terceirizados em serviços de call center. Segundo ele, o maior problema é que a Justiça trabalhista tem considerado ilegal esse tipo de contratação. “Hoje, de maneira como está, a decisão fica dependendo da discricionariedade de cada juiz”, critica Wiliane Ibiapina, do escritório Siqueira Castro.

“O STF pode ser chamado a decidir de forma indireta ou vamos continuar a ter uma regularização de fachada, que permite a precarização”, afirmou. A terceirização chegou a colocar de lados opostos as duas maiores centrais sindicais do País: CUT e Força. A última defendia o projeto aprovado na Câmara, mas agora diz que é preciso modifica-lo para permitir a terceirização só na atividade-meio.

As centrais sindicais reclamam que o projeto, da forma como está só beneficia as empresas. Alegam que isso significará uma “precarização” nas condições de trabalho, com redução de salário e retirada de benefícios. A maior crítica dos sindicatos é de que o governo Temer quer aproveitar esse momento de fragilidade na economia para passar medidas contrárias aos direitos dos trabalhadores. Para Sérgio Nobre, secretário geral da Central

Única dos trabalhadores (CUT), o projeto de terceirização que está no Senado é uma “tragédia”.
Se esse programa de governo tivesse passado pelo crivo dos eleitores, o PMDB nunca conseguiria assumir o poder. Esse governo não tem legitimidade para tocar reformas dessa magnitude”, afirmou.⁴⁶

Diante da matéria acima mencionada verifica-se a complexidade do tema, bem como será intenso os debates e discussões para definir o destino da terceirização no Brasil.

⁴⁶ ISTO É DINHEIRO. Disponível em:
<<http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/economia/20160905/ministro-stf-recomenda-que-acao-sobre-terceirizacao-plenario/410691->>. Acessado em: 7 set. 2016.

6. TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO

6.1 Existe Licitude ou Ilicitude no contrato de correspondente bancário?

Nos dias atuais, uma das áreas de maior complexidade para tratar o tema da terceirização é justamente à questão do bancário, até porque o referido setor tem um sindicato extremamente atuante, como podemos perceber com as greves por eles instauradas anualmente, a fim de garantir os direitos e garantias da categoria.

Na atualidade, muito se ouve falar acerca do correspondente bancário, mas o que seria esse correspondente? No presente capítulo passaremos a discorrer acerca do tema.

Define se o correspondente bancário, como qualquer pessoa jurídica, ou seja, qualquer empresa que entre suas atividades atue também como agente intermediário entre os bancos e instituições financeiras autorizadas a operarem pelo Banco Central e seus clientes finais.

A Resolução 3954 do BACEN regulamenta a referida atividade no Brasil, ocorre que deve se observar as regras para que a terceirização seja lícita, a resolução em seu artigo 1º traz as suas especificidades, vejamos:

Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem observar as disposições desta resolução como condição para a contratação de correspondentes no País, visando à prestação de serviços, pelo contratado, de atividades de atendimento a clientes e usuários da instituição contratante. Parágrafo único. A prestação de serviços de que trata esta resolução somente pode ser contratada com correspondente no País.

Como a própria definição menciona, para ser um correspondente bancário deverá ser pessoa jurídica, que juntamente com as atividades por ela já exercidas, também exerça algumas atividades bancárias autorizadas pela referida resolução, desde que não seja a atividade fim do Banco.

Ante o exposto, podemos concluir que essa é uma forma de terceirização da atividade bancária que desde que seguidos os requisitos legais, é lícita.

Ocorre que o problema começa no momento em que as empresas passam a não observar as regras estabelecidas pelo BACEN, vejamos:

Existem instituições financeiras que contratam correspondentes bancários, para exercer as suas atividades de fim, tanto que a atividade da empresa

correspondente é apenas o serviço financeiro, o que de pronto é descaracterizado pela norma regulamentadora.

Com essa conduta, resta claro que referidas empresas juntamente com as instituições bancárias, usam da terceirização para obter mão de obra barata, fraudando assim os direitos dos obreiros.

Ocorre que o tema ainda não está pacificado, e a decisão depende de cada juiz e de cada região, na atualidade, o que se resta cabal na justiça do trabalho para discutir essa questão é a prova que se produz nos autos, o obreiro que ingressar com Reclamação Trabalhista pleiteando o vínculo de emprego como bancário.

Mas se fossem observadas as regras do correspondente bancário, bastaria apenas analisar se a atividade da empresa é pura e simplesmente bancária para poder atribuir o vínculo ou não ao obreiro.

Ocorre que, as empresas que atuam como correspondente bancário, a fim de afastar possíveis condenações, utilizam-se da tese que os serviços realizados por seus funcionários, estão como sempre estiveram amparados na Legislação que autoriza o exercício de correspondente no país - (Resolução n. 3954 do Conselho Monetário Nacional, bem como Resolução 3110 e demais alterações).

Em defesa, alegam ainda que, nenhuma irregularidade subsiste ao contrato de terceirização de mão de obra firmado entre as partes, sendo que, contrariamente ao asseverado pelo obreiro, este jamais se ativou na atividade fim dos bancos.

Alegam ainda, que com relação ao banco, não estão presentes os requisitos dos arts. 2º e art. 3º da Norma Celetista quanto à subordinação, pessoalidade, onerosidade, condições essenciais à caracterização do vínculo empregatício com as instituições financeiras.

Igualmente, informam que o contrato de prestação de serviços atende os termos da Súmula 331 do TST, bem como a Instrução Normativa MTb nº 3, de 29 de agosto de 1997, transcritos a seguir na parte que interessa:

ART. 2º DA IN 3:

Art. 2º. Para os efeitos desta Instrução Normativa, considera-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço à outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constituísse esta última.

Alegam por fim, que o pedido de reconhecimento de vínculo com os Bancos não se justifica, cabendo ao autor da demanda à prova de suas assertivas, a teor dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, cuja aplicação se faz imperiosa.

O correspondente bancário traz em suas alegações que é distinto das instituições bancárias, não estando incluído entre aquelas discriminadas na Súmula nº 55 do TST e não se aplicando a seus empregados as disposições próprias dos bancários, atraindo aqui a exceção prevista na Súmula 239 do TST, já que o correspondente não faz parte do mesmo grupo econômico dos bancos, sendo no caso, um mero prestador de serviços.

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

EMENTA: EQUIPARAÇÃO COM BANCÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. Na presente hipótese as atividades da reclamante estão plenamente inseridas no objeto social de sua empregadora e não são típicas de um bancário, podendo ser exercidas pelos correspondentes bancários, já que nos termos da Resolução nº 3.110, de 31/07/2003 é facultado às instituições financeiras contratar empresas (correspondentes bancárias) para receber e encaminhar pedidos de empréstimos e financiamentos, analisar crédito e cadastro, execução de cobranças, entre outros. TRT-00328-2009-138-03-00-7-RO.

Nesse aspecto, interessa-nos o fato de que os trabalhadores contratados pelos correspondentes não são considerados bancários e, portanto, não recebem a mesma remuneração que é paga a estes, tampouco gozam dos demais benefícios previstos em lei ou em instrumentos de negociação coletiva.

Ademais, em decisão **UNÂNIME**, exarada por esse Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, reconhece a terceirização **LÍCITA** praticada pelas empresas terceirizadas.

Processo n. 00001258-42.2010.5.24.0021-RO

TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. CORRESPONDENTE BANCÁRIO. 1. Os serviços executados pela autora se amoldam perfeitamente aos objetos sociais das prestadoras de serviços – correspondente bancário, sem que se verifique atividade primordial da instituição bancária de modo a comprometer a legalidade do processo de terceirização. 2. Nesse contexto, a contratação terceirizada, por si só, não representa violação direta à legislação trabalhista quando permite o repasse das atividades periféricas. 3. Apenas quando se verifica que os serviços terceirizados estão intrinsecamente ligados à atividade-fim da tomadora, desvirtua-se o instituto, que não pode e nem deve servir de instrumento para fraudar a Lei e os direitos do empregado. 4. Recurso a que se dá provimento, por unanimidade.

Ou, ainda, no mesmo trilho, decisão UNÂNIME, exarada pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, - em que são partes as mesmas reclamadas, reconhece a terceirização lícita praticada pelas empresas que fazem parte do polo passivo dessa demanda.

PROCESSO Nº 0000422-92.2011.5.24.0002-RO.1

CORRESPONDENTE BANCÁRIO - TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA ENQUADRAMENTO DO EMPREGADO COMO BANCÁRIO NÃO CABIMENTO. Não configura fraude à legislação trabalhista a terceirização havida entre instituição financeira e correspondente bancário, quando as operações realizadas por este condizem com os serviços a que está autorizado a prestar, nos termos do art. 1º, I a X, da Resolução n. 3.110/2003. Aliás, também não se pode falar em intermediação financeira, visto que o correspondente apenas atua em nome da instituição contratante, não sendo parte nas operações de crédito realizadas. Por conseguinte, não se pode cogitar em enquadramento do empregado do correspondente bancário na categoria dos bancários. **Recursos a que se dá provimento.**

Mas de outro lado temos outra corrente de juristas que não defendem essa fraude bancária e aplica a devida condenação a essas empresas que se enquadram como correspondentes bancárias, a fim de assumir o vínculo de trabalho do funcionário, diretamente com o banco, vejamos:

**PROCESSO nº 0024383-75.2013.5.24.0072 (ROPS)
RECORRENTE: JOSIANE DE OLIVEIRA RECORRENTE: JOSIANE DE OLIVEIRA**

RECORRIDO: ORION INTEGRAÇÃO DE NEGÓCIOS E TECNOLOGIA LTDA., NOVA CASA BAHIA S/A, BANCO BRADESCO SA

RELATOR: Des. NICANOR DE ARAÚJO LIMA EMENTA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - PRESTADORA DE SERVIÇOS -

ATIVIDADE-FIM DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. A realização de saques, depósitos, pagamento e consultas de saldo de clientes caracteriza atividade-fim de instituição bancária, razão pela qual é ilícita a sua terceirização para empresa prestadora de serviços não enquadrada como correspondente bancário. Inteligência da Súmula n. 331, I e II, TST.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário em procedimento sumaríssimo interposto pela autora em face da sentença proveniente da 2ª Vara do Trabalho de Três Lagoas/MS, da lavra do MM. Juiz do Trabalho Substituto, Hélio Duques dos Santos, que julgou procedentes em parte os pedidos elencados na petição inicial.

Insurge-se a autora em face da sentença quanto aos temas: a) enquadramento como bancário; b) diferenças salariais; c) verbas previstas em CCT firmada por entidade sindical dos bancários; d) horas extras; e) indenização por perdas e danos.

Contrarrazões apresentadas por ambos os réus.

Demanda sujeita a parecer do Ministério Público na sessão de julgamento (inciso III do § 1º do art. 895 da CLT).

É, em síntese, o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO 1 - ADMISSIBILIDADE

Interpostos no prazo legal e presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e das contrarrazões. **2 - MÉRITO 2.1 - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO**

Insurge-se a autora em face da sentença que não a enquadrou como bancária, indeferindo, por conseguinte, o pagamento do piso salarial e demais vantagens previstas pela CCT dos bancários, bem como a aplicação da jornada de trabalho especial de 6 horas. Sustenta, em síntese, que: a) realizava tarefas típicas (operador de caixa) da atividade-fim de banco; b) ao repassar os serviços bancários para os denominados "correspondentes expressos", o Banco Bradesco almejou a diminuição de despesas e o aumento dos lucros; c) as Portarias 3110/2003 e 3954/2011 do BACEN evidenciam que é vedada a contratação, pelo banco, de empresa cuja atividade principal ou única seja a prestação de serviços de correspondente; c) a terceirização realizada é ilícita.

Analiso.

A autora afirmou na exordial que, embora admitida pela 1ª ré (Orion Integração de Negócios e Tecnologia) como operadora de caixa, prestava serviços relacionados à atividade-fim da 3ª reclamada (Banco Bradesco) no estabelecimento comercial da 2ª reclamada (Nova Casa Bahia).

Assim, requereu o enquadramento como bancário e o pagamento das verbas trabalhistas previstas para esta categoria profissional, inclusive horas extras decorrentes do extrapolamento da jornada de 6 horas diárias e 36 horas semanais.

Na defesa, 2ª reclamada afirmou que apenas cedia um espaço em seu estabelecimento, por meio de um contrato de comodato, para que a real empregadora da reclamante (1ª reclamada) desempenhasse suas atividades.

O 3º reclamado, por sua vez, afirmou que somente celebrou contrato de prestação de serviços com a 1ª reclamada (Orion Integração de Negócios e Tecnologia) para desempenho de atividades na área de correspondente bancário, afirmando que não foi a empregadora do autor.

Alegou ainda que o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional autorizam a contratação pelos bancos de correspondentes bancários.

A CTPS e o contrato de trabalho juntados aos autos comprovam que, de fato, a autora foi contratada como operadora de caixa. O contrato de comodato juntado aos autos demonstra que a cessão de espaço pela 2ª reclamada (Nova Casa Bahia) ocorreu para que a 1ª reclamada (Orion Integração de Negócios e Tecnologia Ltda.) prestasse serviços relacionados exclusivamente ao 3º reclamado (Banco Bradesco).

O contrato de prestação de serviços celebrado entre a 1ª reclamada e o 3º reclamado estabelece como objeto que aquela presta em prol deste "serviços de divulgação, indicação e informação aos clientes portadores do cartão casas Bahia (clientes), dos produtos e serviços ligados a esse cartão, comercializados pelo contratante e/ou empresas integrantes de seu grupo econômico".

Já no primeiro trecho do depoimento do preposto da 1ª reclamada evidencia-se um total desvirtuamento do contrato supracitado, como se vê pelo seguinte:

Que a reclamante trabalhava como operadora de caixa, desempenhando as funções de recebimentos de contas até R\$ 1.000,00, de qualquer banco até o vencimento e que depois do vencimento apenas do banco Bradesco, saques no valor de até R\$ 800,00, depósitos até R\$ 500,00 e

verificava saldos da conta dos clientes, sendo que todas essas atividades eram feitas em relação a clientes do Bradesco, mediante inserção de cartão e senha pessoal dos mesmos;

Inferese que a reclamante recebia contas de qualquer banco, e não somente do Banco Bradesco e tampouco era restrita às contas relacionadas ao cartão Casa Bahia.

A par disso, a autora manuseava efetivamente valores pecuniários (realizando saques e depósitos), bem como tinha acesso à própria conta bancária do cliente Bradesco para verificar o saldo.

Nesse sentido, trechos do manual de operação de caixa emitido pela 1ª reclamada:

A operação de caixa, nos pontos de atendimento da Orion, se faz pelo recebimento de contas, impostos, taxas e outros documentos, bem como na abertura e fechamento do caixa para efetuar diversas transações financeiras, as quais envolvem a manutenção de numerário, a guarda segura e o transporte do mesmo.

(...)

No recebimento de contas, realizar primeiro a operação financeira (saque com cartão ou recebimento em dinheiro), confirmar o valor financeiro recebido com o cliente, e só após estas confirmações, guardar o dinheiro no caixa e autenticar o documento evitando assim estornos de transações desnecessárias.

(...)

Com a chegada do Carro Forte, os operadores de caixa devem parar o atendimento ao público e juntos efetuarem a conferência e fechamento do malote, solicitando que todos os demais funcionários saiam do quiosque neste momento.

(...)

Separar os R\$ 300,00/R\$ 150,00 de troco que deve permanecer no fundo falso do caixa para utilização no dia seguinte, e fazer a última sangria, lembrando que esta não poderá ser superior a R\$ 1.000,00 (Atentar para o valor de sangria estipulado para sua loja).

(...)

A transação de **SAQUE COM CARTÃO DE DÉBITO BRADESCO** só é permitida para Clientes (Pessoas Físicas) titulares das contas, mediante a apresentação de um **Documento Legal** de identificação com foto pelo portador do cartão. (Para o 1º e demais titulares em caso de conta conjunta E/OU).

Ante o exposto, verifico que a prestadora de serviços executava atividades típicas de um banco, ou seja, atuava na atividade-fim do 3º reclamado (Banco Bradesco), havendo, portanto, uma terceirização ilícita de serviços, a teor da Súmula n. 331, I e III, TST. Não prospera a tese de que a 1ª reclamada atuava como correspondente bancário, pois a Resolução n. 3110 do Banco Central veda que os bancos contratem empresa em que a atividade principal ou única seja a prestação de serviços de correspondente. Com efeito, dispõe o art. 2º da referida Portaria:

É vedada à instituição financeira a contratação para a prestação dos serviços referidos no art. 1º, incisos I e II, de empresa cuja atividade

Principal ou única seja a prestação de serviços de correspondente. Em nova regulamentação dos serviços de correspondentes (Resoluções n 3954 e 3959/2011), o Banco Central deixou a norma ainda mais clara ao estabelecer que o mero desempenho de atividade principal (excluiu a

expressão "ou única") como correspondente impede a contratação pelos Bancos.

Nesse sentido, o art. 3º, § 2º, da Resolução n. 3954/2011, com redação dada pela Resolução n. 3959/2011:

É vedada a contratação, para o desempenho das atividades de atendimento definidas nos incisos I, II, IV, e VI do art. 8º, de entidade cuja atividade principal seja a prestação de serviços de correspondente

Em uma linguagem mais simples, o Banco Central em seu sítio (<http://www.bcb.gov.br/?CORRESPONDENTESFAQ>) esclarece ainda mais a questão em debate, apontando como exemplo empresas corretamente enquadradas como correspondentes cuja atividade principal é outra. Transcrevo:

Os correspondentes são empresas contratadas por instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo Banco Central para a prestação de serviços de atendimento aos clientes e usuários dessas instituições. **Entre os correspondentes mais conhecidos encontram-se as lotéricas e o banco postal.** As próprias instituições financeiras e demais autorizadas a funcionar pelo Banco Central podem ser contratadas como correspondente.

No caso, as provas trazidas aos autos demonstram que a 1ª reclamada era uma mera extensão do Banco Bradesco, não executando qualquer outra atividade, o que revela, portanto, a celebração ilícita de contrato de prestação de serviços, bem como a fraude de preceitos trabalhistas (art. 9º da CLT).

Nesse sentido, o E. TRT da 24ª Região já se manifestou em lide também envolvendo a Orion Integração de Negócios e Tecnologia Ltda e o Banco Bradesco: processo n. 000960-13.2011.5.24.0022, Rel. Des. Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 29.3.2012.

Pertinente à transcrição de trecho da referida decisão:

Mais do que isso, não vejo na situação dos autos um verdadeiro "correspondente bancário", pois esse se constitui em empresa que desenvolve atividade própria e que, por convênio ou contrato, acaba desenvolvendo, também, algumas das atividades de interesse da instituição financeira e da comunidade em geral. É o caso das LOTÉRICAS em convênio com a CAIXA ECONÔMICA e dos CORREIOS em relação ao BANCO DO BRASIL.

No caso presente, a ORION não desenvolve qualquer atividade específica, ela existe apenas para prestar serviços de "correspondente" para o BANCO BRADESCO, o que evidencia, de maneira nítida, a fraude.

Oportuno, ainda, esclarecer que a 1ª reclamada não era uma financeira, pois não atuava no segmento de crédito, financiamento ou investimento (Súmula n. 55 do TST), mas como um verdadeiro posto de atendimento bancário (PAB), realizando saques, depósitos, pagamentos e consultas de saldo de clientes do Banco Bradesco.

Outrossim, o art. 25 da Lei n. 4595/64 dispõe que as instituições financeiras sejam constituídas sob a forma de sociedade anônima, ao passo que, no caso, a 1ª reclamada é sociedade limitada.

Aliás, a própria 1ª reclamada reconheceu na defesa que "(...) sendo uma prestadora de serviços, é totalmente distinta das instituições bancárias, não estando incluída entre aquelas discriminadas na Súmula n. 55 do TST".

Diante da ilicitude da terceirização, o enquadramento da autora na categoria profissional dos bancários é corolário lógico.

Não haverá o reconhecimento do vínculo com o 3º reclamado (Banco Bradesco), pois o julgador declarou inepta a petição inicial quanto a esta pretensão e de tal decisão não houve insurgência recursal.

Logo, procedem os pleitos, formulados com base na CCT dos bancários, de diferenças salariais pela inobservância do piso salarial da categoria e reflexos em aviso prévio, férias acrescidas do terço, 13º salários e FGTS e multa de 40%.

Aplica-se à autora a Convenção Coletiva 2012/2013 (vigência de 1º.9.2012 até 31.8.2013), pois abrangeu o período em que a autora trabalhou em prol da 3ª reclamada como bancária (de 15.10.2012 até 29.2.2013).

Também são devidas as seguintes verbas: a) gratificação de caixa prevista na cláusula 12ª da CCT; b) auxílio-refeição previsto na cláusula 14ª; c) auxílio-cesta alimentação previsto na cláusula 15ª; d) décima terceira cesta-alimentação prevista na cláusula 16ª de forma proporcional.

Por descumpridas as normas coletivas, é devida a multa prevista na cláusula 55ª da CCT 2012/2013.

Outrossim, faz jus à autora à jornada de trabalho especial garantida ao bancário, pelo que lhe são devidas como extras as horas laboradas a partir da 6ª hora diária ou da 30ª semanal, a teor do que dispõe o caput do art. 224 da CLT, e reflexos em aviso prévio, RSR, férias + 1/3, 13º salário e FGTS e multa de 40%.

Para apuração das horas extras, devem ser observados: a) a jornada anotada nos cartões de ponto; b) adicional de 50%; c) divisor 180; d) base de cálculo conforme previsto na cláusula 8ª, § 2º, CCT 2012/2013.

Assim, dou provimento ao recurso da autora para reconhecer seu enquadramento como bancário e, por conseguinte: a) deferir as diferenças salariais e reflexos decorrentes da inobservância do piso salarial da categoria dos bancários; b) deferir gratificação de caixa, auxílio refeição e décima terceira cesta-alimentação previstos na CCT; c) deferir a multa coletiva; d) declarar o direito à jornada especial do bancário e deferir como extras as horas laboradas a partir da 6ª diária ou da 36ª semanal e reflexos.

Tendo em vista a terceirização ilícita e que a 1ª reclamada (Orion Integração de Negócios e Tecnologia) e o 3º reclamado (Banco Bradesco) foram responsáveis pelo dano, declaro a responsabilidade solidária de ambos, a teor do art. 942 do Código Civil.

Logo, verifica-se que a decisão acerca dessa questão ainda é muito frágil e varia de acordo com o entendimento de cada magistrado.

7. O POSICIONAMENTO DO TST ACERCA DO PROJETO DA TERCEIRIZAÇÃO

Acerca do projeto de terceirização que foi alvo de intensos debates atualmente, os 19 ministros do Superior Tribunal do Trabalho (TST), foram totalmente contra o projeto, uma vez que aprovado, abriria caminho a um retrocesso na legislação e nas relações trabalhistas.

O projeto de lei 4330/04 envolve quatro polêmicas, que causaram protestos das centrais sindicais, são elas: a abrangência das terceirizações tanto para as atividades-meio como atividades-fim; obrigações trabalhistas serem de responsabilidade somente da empresa terceirizada – a contratante tem apenas de fiscalizar; a representatividade sindical, que passa a ser do sindicato da empresa contratada e não da contratante; e a terceirização no serviço público.

Já os empresários defendem que a nova lei vai aumentar a formalização e a criação de vagas de trabalho, o que na verdade paremos para analisar até que ponto isso é vantajoso.

Em análise ao parecer dos ministros do TST, verifica-se que a real preocupação da Corte, se dá exatamente no que concerne as fraudes dos direitos trabalhistas, haja vista que se sancionada uma lei que autorize a terceirização de atividades de fim, estaríamos diante de um grande retrocesso no direito do trabalho.

Segundo o site conjur, o Ministro Lélío Bentes Corrêa se posicionou da seguinte forma:

O ministro **Lélío Bentes Corrêa** diz que a terceirização da atividade fim compromete a relação de emprego com prejuízos tanto para o empregado quanto para o empregador: "A terceirização permite que um terceiro assuma a responsabilidade da relação de emprego enquanto o tomador do serviço se beneficia do trabalho do trabalhador sem uma responsabilidade direta sobre os encargos trabalhistas. Isso é ruim para empresa que não compromete o grupo de trabalhadores com seu projeto e filosofia empresarial. Terceirização só se admite em situações de alta especialização e que não envolvam atividade fim".

Nota-se que o projeto de terceirização traz sérios problemas até mesmo para as empresas, uma vez que ao terceirizar seus serviços, a empresa deixa de ter o controle direto sobre seus subordinados e passa a depender de outra empresa, que nem sempre trabalha de acordo com as leis.

Com a declaração de que o tema terceirização possui repercussão geral, espera-se que o STF se aprofunde na análise no tocante a sua validade, requisitos e hipóteses de incidência, reduzindo os inúmeros processos que tratam deste tema e criando uma sistemática objetiva para a sua aplicação, com regras claras e imposição de limites.

Conforme matéria extraída do âmbito jurídico, a ação que deu início à repercussão geral no STF foi à ação suscitada em face das empresas de telecomunicações, vejamos.

A repercussão geral teve início no Recurso Extraordinário com Agravo de nº 791932, que abrange a discussão sobre terceirização em call centers nas empresas de telecomunicações.

Importante destacar que todos os outros processos que discute a questão da terceirização continuam em andamento, a única hipótese em que houve suspensão foi a acima descrita, ainda que a repercussão da decisão possa se estender, posteriormente a todas as relações jurídicas em que houver terceirização de trabalho, com o efeito erga omnes e vinculante do julgamento.

O objetivo inicial do julgamento é julgar a constitucionalidade do artigo 94 da Lei 9472/97 porque a Justiça do Trabalho julga ilícita a terceirização sem declarar a inconstitucionalidade da norma.

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - Empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam;

II - Contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.

Vale ressaltar que “(...) em decisões monocráticas, ministros do STF entenderam que a tese definida pelo TST desrespeita a Súmula Vinculante 10 do STF. Esse dispositivo diz que viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Diante da importância e possível abrangência desse julgamento, o STF autorizou o ingresso como *amici curiae* da Associação Brasileira de Teleserviços (ABT) e da Federação Brasileira de Telecomunicações.

Entretanto, essa discussão não seria suficiente para realmente apreciar o tema terceirização e as diversas dúvidas e questionamentos existentes na sociedade.

Assim, o outro processo no qual foi declarada a repercussão geral decorre da ação que teve origem em denúncia formalizada em 2001 pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Extração de Madeira e Lenha de

Capelinha e Minas Novas relatando a precarização das condições de trabalho no manejo florestal do eucalipto para a produção de celulose. Fiscalização do Ministério do Trabalho em unidades da Cenibra no interior de Minas Gerais constatou a existência de contratos de prestação de serviços para as necessidades de manejo florestal (produção de eucalipto para extração de celulose). Ao todo foram identificadas 11 empresas terceirizadas para o plantio, corte e transporte de madeira, mobilizando mais de 3.700 trabalhadores.

Nesta ação, o objetivo é definir os conceitos de atividade-fim e atividade-meio e participam como *amici curiae* a Associação Brasileira do Agronegócio e a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

Nesse cenário, o Supremo poderá apreciar e julgar amplamente as hipóteses em que a terceirização pode ser aplicada no dia a dia justralhista.

Houve uma pesquisa junto aos Ministros do TST sobre o tema terceirização, com base em um projeto de lei 4.330, realizada em 2013 que apresenta, exatamente, como a questão é complexa. Cada um dos Ministros aponta para um lado da discussão, no entanto, apresentam diferentes argumentos:

- Guilherme Augusto Caputo Bastos – Isso só tem um significado: os empresários devem gerir seus negócios como melhor aprover. Se acharem que é melhor terceirizar tudo, ou parte, ou nada, eles que vão dizer. Desde que isso não vá contra a dignidade da pessoa humana nem contra os direitos previstos no artigo 7º da Carta.

- Ives Gandra Martins Filho – defende a terceirização na chamada atividade-fim, desde que feita fora do local da tomadora de serviço. Ou seja, para ele, “não pode ter duas pessoas trabalhando ombro a ombro na mesma atividade, uma contratada normalmente outra terceirizada”.

- João Batista Brito Pereira – Sou favorável à terceirização, desde que a empresa prestadora dos serviços comprove a especialização para a realização dos serviços contratados.

- Delaíde Alves Miranda Arantes – aponta como problema a precarização do trabalho e suas condições.

- Walmir Oliveira da Costa – A terceirização, diz ele, só deve ser possível “em atividades intermediárias, para complementar prestação de serviços”.

- Carlos Alberto Reis de Paula (Ministro aposentado) - Haverá esvaziamento da representação sindical e a fragilização do sindicato dos trabalhadores.

- Hugo Carlos Scheuermann – Segundo ele, o empregado deixa de ser inserido na empresa e, além disso, normalmente é contratado a salários mais baixos.

- Aloysio Corrêa da Veiga – "A terceirização está voltada para uma coisa chamada descentralização da atividade, de uma proposta de qualidade, de competitividade, de custos da empresa. Dentro dessa perspectiva, a empresa pode fracionar a atividade produtiva, mas não pode querer dirigir o fracionamento da cadeia produtiva".

- Lélío Bentes Corrêa -: "A terceirização permite que um terceiro assumira a responsabilidade da relação de emprego enquanto o tomador do serviço se beneficia do trabalho do trabalhador sem uma responsabilidade direta sobre os encargos trabalhistas. Isso é ruim para empresa que não compromete o grupo de trabalhadores com seu projeto e filosofia empresarial. Terceirização só se admite em situações de alta especialização e que não envolvam atividade fim.

- João Pedro Silvestrin (desembargador convocado) diz a terceirização da atividade-fim abre a possibilidade de se criar uma empresa de uma pessoa

só, o que desvirtua o conceito de empreendedorismo e também da relação trabalhista.

Assinam o documento contra o projeto os ministros Antônio José de Barros Levenhagen; João Oreste Dalazen; Emmanoel Pereira; Lelio Bentes Corrêa; Aloysio Silva Corrêa da Veiga; Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; Alberto Luiz Bresciane de Fontan Pereira; Maria de Assis Calsing; Fernando Eizo Ono; Marcio Eurico Vitral Amaro; Walmir Oliveira da Costa; Maurício Godinho Delgado; Kátia Magalhães Arruda; Augusto Cesar Leite de Carvalho; José Roberto Freire Pimenta; Delaíde Alves Miranda Arantes; Hugo Carlos Sheurmann; Alexandre de Souza Agra Belmonte e Claudio Mascarenhas Brandão.⁴⁷

De acordo com a Súmula 331 do TST, é proibida no ordenamento jurídico, a terceirização de tarefas ligadas à atividade-fim das empresas, fatores econômicos, assim, estariam obrigados a estabelecer relação jurídica de emprego quando contratassem qualquer atividade que se confunda com a atividade principal do empreendimento.

De acordo com a matéria extraída no site conjur, são três ações que geram a polêmica:

Nos autos do ARE 791.932 (relator ministro Teori Zavascki), discute-se, a teor do acórdão que reconheceu a repercussão geral, “a questão relativa à ofensa ou não ao princípio da reserva de plenário”. Especificamente, a impugnação oferecida volta-se contra decisão do TST de ignorar o sentido literal da expressão “atividade inerente” constante da Lei 9.472/97, que, segundo alega o recorrente, autorizaria a terceirização sem a limitação da atividade-fim. A questão, considerada exclusivamente em si, representaria apenas a discussão sobre a inobservância ou não à Súmula Vinculante 10, que veda tribunais afastarem a incidência de lei ou ato normativo do poder público sem a observância da cláusula de reserva de plenário estabelecida no artigo 97 da Carta. Nesse prisma, a discussão teria contornos processuais, sendo a questão de fundo circunstancial e coadjuvante.

Já nos autos ao ARE 713.211 (relator ministro Luiz Fux), a repercussão geral reconhecida fez direta referência à discussão sobre a extensão da expressão “atividade-fim”. O debate se desenvolve em torno da possibilidade de uma empresa de produção de celulose estar autorizada, ou não, a contratar outra empresa para atividades de florestamento e reflorestamento, dado o fato de a empresa de celulose indicar, em seu objeto social, a execução de tais atividades. O acórdão da repercussão geral apontou como questão constitucional a “fixação de parâmetros para a identificação do que representa atividade-fim”. Nesse contexto, a racionalidade da Súmula 331/TST não estaria, em si, sob escrutínio, visto que a reflexão estaria circunscrita ao conteúdo do conceito utilizado como limitador da terceirização. A decisão sugere que a vedação à terceirização da atividade-fim seria um valor a ser seguido, sendo preciso, apenas, apurar melhor os parâmetros à identificação da atividade-fim.

⁴⁷ MARTINS. Ana Luzia Leitão. **O impacto do julgamento do supremo tribunal federal sobre a terceirização.** Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15889> Acessado em: 31 ago. 2016.

Por fim, na ADPF 324 (relator ministro Roberto Barroso), busca-se que seja afirmada a inconstitucionalidade da interpretação que veda a prática da terceirização, em síntese, por não haver legislação específica que a proíba. Na ação, são apontadas decisões que, partindo de critérios diversos, criam restrições a contratações entre empresas, sempre em articulação ampla da expressão “atividade-fim”. À primeira vista, portanto, o objeto da questão também seria a identificação do que se deve entender por atividade-fim, ainda que se alegue ofensa a preceitos constitucionais fundamentais em face do que se aponta como um posicionamento judicial sem lastro legal.⁴⁸

Com relação à terceirização do setor público, em que pese o entendimento do STF, cumpre esclarecer que diversas Súmulas do TST favorecem ao Estado.

A título de exemplo, é possível destacar a Súmula 363 que em sua redação traz o quanto segue:

363 - Contrato nulo. Efeitos. 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.

Ainda cumpre destacar que as empresas públicas e autarquias, gozam de privilégios perante o TST, se comparado com as mesmas situações observadas na atividade privada.

De acordo com a Orientação Jurisprudencial 70 da SDI-1 do referido tribunal que assim preceitua:

70. Caixa Econômica Federal. Bancário. Plano de Cargos em Comissão. Opção pela jornada de oito horas. Ineficácia. Exercício de funções meramente técnicas. Não caracterização de exercício de função de confiança. (DEJT 26/05/2010)

Ausente à fidejussão especial a que alude o art. 224, § 2º, da CLT, é ineficaz a adesão do empregado à jornada de oito horas constante do Plano de Cargos em Comissão da Caixa Econômica Federal, o que importa no retorno à jornada de seis horas, sendo devidas como extras a sétima e há oitava horas laboradas. A diferença de gratificação de função recebida em face da adesão ineficaz poderá ser compensada com as horas extraordinárias prestadas”.

Tal benefício, que autoriza o abatimento do valor recebido a título de gratificação de função das horas extras deferidas, apenas existe para a Caixa Econômica Federal.

A iniciativa não é extensiva à iniciativa privada, o que demonstra claro favorecimento.

⁴⁸ LIMA, Fábio. **O Supremo e a terceirização**: o que está verdadeiramente em jogo? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-06/observatorio-constitucional-stf-terceirizacao-verdadeiramente-jogo>> Acessado em: 31 ago. 2016.

Da mesma forma, a iniciativa privada é responsabilizada pelo pagamento de remuneração em face do princípio da isonomia, mesmo que não possível o vínculo com a administração pública.

É a situação verificada, na recentemente editada orientação jurisprudencial 383 da SDI-1 do TST, a saber:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Ou seja, o que se verifica junto ao TST, não é afronta à Constituição ou ao princípio existente na Lei de Licitações.

Muito menos, se observa junto ao Tribunal Superior do Trabalho a intenção de afrontar os princípios constitucionais que regem a administração pública.

O que se busca, é a defesa dos interesses dos trabalhadores, em defesa aos princípios e regras legais que norteiam o Direito do Trabalho.⁴⁹

Diante do que foi exposto, chega-se à conclusão que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, não está de acordo com os princípios e premissas do Direito do Trabalho.

O texto da Súmula 331 do TST nega a eficácia contida no preceito do artigo 37, caput, II e parágrafo 2º da Constituição Federal, tais princípios existem em virtude de grande esforço democrático e busca da moralização da administração pública atribuída a norma constitucional.

A saber, a existência de previsão de responsabilização subsidiária da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços terceirizados, no caso de inadimplemento das verbas trabalhistas devidas àqueles que contribuíram para os fins do Estado, visa à garantia do princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput* e inciso I, assim como artigo 7º, Inciso XXXII da Constituição Federal.

Ante o exposto, verifica-se que o direito age no cerne da questão da relação jurídica trabalhista pactuada, afastando os nocivos e discriminatórios efeitos que o inadimplemento das verbas de natureza alimentar podem gerar aos trabalhadores.

⁴⁹ REBICKI, Rafael Antônio. **A terceirização pela administração pública** - a nova súmula 331 do TST. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10873> Acesso em: 31 ago. 2016.

A responsabilidade do ente público, de acordo com a antiga redação da Súmula 331 do TST, visava garantir unicamente o recebimento de todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao trabalhador que cumpriu suas funções junto ao tomador de serviços.

Mas se compararmos os moldes da terceirização nos setores público e privado, verificaremos que no atual cenário Brasileiro, os entes públicos possuem mais vantagens que o setor privado.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso abordou a questão da terceirização e seus aspectos legais, bem como analisou acerca da licitude ou ilicitude do referido fenômeno, dando destaque para os setores públicos e privados.

É cediço esclarecer que a terceirização na Administração Pública, deve respeitar os Princípios do direito do Trabalho, para que a contratação de terceiros, não gera para o Estado o dever de encargos trabalhistas, também deve ser analisado pela Administração a Súmula 331 do TST, que traz a diretrizes de como deve se dá a terceirização no Brasil, ja que não existe uma lei que regule a atividade.

Como amplamente debatido na presente obra, o tema já esta pacificado pelos nossos tribunais, com o nascimento da súmula 331 do TST a questão teve muitos pontos esclarecidos.

Em análise à súmula 331 do TST, podemos concluir que esta sofreu alterações em maio de 2011, para que questões como esta fossem resolvidas, pois não é justo ao trabalhador que foi desviado de sua função ou que ao realizar um trabalho lícito não receba por seu trabalho, caso a empresa terceirizante deixe de pagar as verbas trabalhistas devidas ao terceirizado.

Isentar o Estado de responsabilidade nessas situações é retroceder à Idade Média e acolher o postulado do *Princeps a legibus solutus est*, ou seja, a lei não existe para o príncipe, mas tão só para os demais mortais.

Desta forma, a súmula 331 trata da responsabilidade subsidiária, da Administração pública, diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da terceirizada, havendo conduta culposa nas obrigações estabelecidas na lei 8.666/93 e por falta de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais.

Observa-se que a terceirização dos serviços no âmbito público é um mero instrumento de Gestão da Administração Pública, um aspecto que tem muito a ser discutido e trabalhado por parte de nossas autoridades públicas estatais.

Quanto à terceirização no âmbito privado, com o presente estudo, podemos observar que muitos empresários a fim de burlar normas e encargos trabalhistas,

estão terceirizando suas atividades de forma totalmente incompatível com a lei regulamentadora do citado fenômeno.

Ante o exposto, o que se verifica é que a terceirização é um fenômeno de extrema complexidade que deve ser avaliado e analisado de forma cautelosa pelo Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no Serviço Público**. São Paulo: Editora LTR, 2009.

ARAÚJO Jussara de Barros Amorim. **Terceirização Trabalhista no Âmbito Privado**. Disponível em: <<http://www.trigueirofontes.com.br/artigo.php?idArtigo=86,s.d>> Acessado em: 29 jul. 2016.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Editora LTR, 2003.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização: (dês) fordizando a fábrica**. São Paulo: Editora Boitempo, 1999.

FERRAZ, Fernando Bastos. **Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2006.

GLOBO.COM. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2012/03/impasse-na-justica-paralisa-acoes-sobreterceirizacao-no-setor-publico.html-.>> Acessado em: 3 abr. 2016.

ISTO É DINHEIRO. Disponível em: <<http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/economia/20160905/ministro-stf-recomenda-que-acao-sobre-terceirizacao-plenario/410691->>>. Acessado em: 7 set. 2016.

LIMA, Fábio. **O Supremo e a terceirização: o que está verdadeiramente em jogo?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-06/observatorio-constitucional-stf-terceirizacao-verdadeiramente-jogo>> Acessado em: 31 ago. 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização e o Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Ana Luzia Leitão. **O impacto do julgamento do supremo tribunal federal sobre a terceirização**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15889> Acessado em: 31 ago. 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15 ed. São Paulo: Editora RT, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros 2006.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Editora LTR, 2001.

REBICKI, Rafael Antônio. **A terceirização pela administração pública - a nova súmula 331 do TST**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10873> Acesso em: 31 ago. 2016.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995.

SILVA, Antônio Álvares. **Globalização, Terceirização e a Nova Visão do Tema pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTR, 2011.

VASCONCELOS Armando Cruz. **Administração pública, terceirização e responsabilidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18661/administracao-publica-terceirizacao-e-responsabilidade>> Acessado em: 12 jun. 2016.

VIEIRA, Maria Margareth Garcia. **A Globalização e as Relações de trabalho**. 2 ed. Curitiba: Juará, 2005.