



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros.

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:
Data de submissão: 30/07/2019.
Data de reformulação: 15/09/2019.
Data de aceite definitivo: 30/11/2019.
Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

TERCEIRIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

OUTSOURCING AND ITS IMPLICATIONS IN PUBLIC ADMINISTRATION

Esp. Danilo Felício Gonçalves Ferreira²

RESUMO

A terceirização de mão de obra e de serviços é uma tendência mundial que começou na iniciativa privada brasileira e passou também a ser utilizada pela Administração Pública. É uma ferramenta de gestão, materializada por meio de contrato, que possibilita redução de custos e especialização na prestação dos serviços ou fornecimento de bens, além de permitir que o contratante se concentre em suas atividades principais, tornando-se mais competitivo. Assim como na iniciativa privada, a administração pública tenta a diminuição do aparelhamento estatal, usando parcerias, a privatização, a desestatização e outras formas; todas elas voltadas a esse objetivo. Para isto, surgiu a inserção de alguns institutos no ordenamento jurídico, acolhidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para regular a intervenção estatal no controle econômico; a delegação dos serviços públicos, acordos de colaboração com o setor privado, como os contratos de prestações de serviços onde insere a terceirização. O presente trabalho expõe a problemática acerca da terceirização na Administração Pública, sob uma

¹ © Todos os direitos reservados. A Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, bem como a Faculdade Processus (mantenedora do periódico) não se responsabilizam por questões de direito autoral, cuja responsabilidade integral é do(s) autor(es) deste artigo. A revisão linguística e metodológica deste artigo foi feita pelo(s) autor(es) deste artigo.

² Advogado, aprovado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (2007). Bacharel em Direito (2006) pela FDCL - Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Pós-Graduado em Direito Público pela UCAM - Universidade Cândido Mendes (2009). Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho (2011). Membro Colaborador da Comissão de Direitos Sociais e Trabalhistas da OAB/MG. Sócio proprietário do Escritório de Advocacia DF Sociedade de Advogados. Cursando matérias isoladas no Mestrando Fumec - Instituições Sociais, Direito e Democracia

perspectiva jurídico-administrativa. Para tanto, vale-se de metodologia de cunho crítico-dialética a partir da análise das normas específicas, entre elas as decorrentes da Nova Lei n. 13429/2017.

Palavras-chave: Administração Pública, terceirização, responsabilidade, Súmula 331, Nova Lei 13429, Concurso Público.

ABSTRACT

The outsourcing of labor and services is a global trend that began in the Brazilian private sector and was also used by the Public Administration. It is a management tool, materialized through a contract, which enables cost reduction and specialization in the provision of services or supply of goods, as well as allowing the contractor to concentrate on its main activities, becoming more competitive. , Public administration attempts to reduce state rigging, using partnerships, privatization, privatization, and other forms; All of them focused on this goal. To that end, the insertion of some institutes in the legal system received by both doctrine and jurisprudence, to regulate the state intervention in the economic control; The delegation of public services, agreements of collaboration with the private sector, such as contracts for the provision of services where outsourcing is inserted. The present paper exposes the problem of outsourcing in the Public Administration from a legal-administrative perspective. For that, it uses a critical-dialectic methodology based on the analysis of the specific norms, among them those derived from the New Law n. 13429/2017.

keywords: Public Administration, outsourcing, responsibility, Summary 331, New Law 13429, Public Tender.

1. INTRODUÇÃO

A terceirização de mão de obra e de serviços é uma tendência mundial que começou na iniciativa privada brasileira e passou também a ser utilizada pela Administração Pública. É uma ferramenta de gestão, materializada por meio de contrato, que possibilita redução de custos e especialização na prestação dos serviços ou fornecimento de bens, além de permitir que o contratante se concentre em suas atividades principais, tornando-se mais competitivo.

As constantes mudanças na sociedade também determinam mudanças estruturais significativas na atuação do Estado. Reflexos até mesmo na Constituição da República de 1988, como no art. 37, caput, modificado posteriormente pela Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998, que trouxe, entre outras alterações, o princípio da eficiência como norteador da atuação da Administração Pública.

Assim como na iniciativa privada, a administração pública tenta a diminuição do aparelhamento estatal, usando parcerias, a privatização, a

desestatização e outras formas; todas elas voltadas a esse objetivo. Para alcançar este objetivo, surgiu a inserção de alguns institutos no ordenamento jurídico, acolhidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para regular a intervenção estatal no controle econômico; a delegação dos serviços públicos, acordos de colaboração com o setor privado, como os contratos de prestações de serviços, onde insere a terceirização.

O tema é constantemente discutido e as normas e os entendimentos jurisprudenciais evoluem à medida que novas questões se tornam controversas.

O presente trabalho expõe a problemática acerca da terceirização na Administração Pública, sob uma perspectiva jurídico-administrativa. Para tanto, vale-se de metodologia de cunho crítico-dialética a partir da análise das normas específicas, entre elas as decorrentes da Nova Lei n. 13429/2017.

Preliminarmente, serão apontados os aspectos gerais da terceirização, no Direito do Trabalho, atividade meio e atividade fim, partindo para Terceirização na Administração Pública, responsabilidade solidária/subsidiária sob a ótica do Direito Administrativo. Serão abordados, dentre outros, nova redação da Súmula 331 do TST, após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, do Supremo Tribunal Federal, no tocante à responsabilidade do Poder Público na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais da empresa prestadora de serviços, em relação aos trabalhadores e suas alterações.

2. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

2.1. Conceito, Origem e Evolução Histórica

A concepção de trabalho sofreu diversas alterações ao longo da história. Primeiro com os escravos e depois na Idade Média com os Senhores Feudais e seus servos.

Prosseguiu-se a Idade Moderna, caracterizada, de um lado, pela tentativa de manutenção da nobreza no poder, através da figura do monarca, e de outro, da burguesia, que buscava cada vez ampliar suas práticas comerciais,

para afirmar-se definitivamente no cenário econômico. (DELGADO apud Brito (2011)³.

Ricardo de Moura Faria citado por Delgado apud Brito (2011), observa que:

Assim, na medida em que as corporações foram se especializando, surgiram, através de processo concomitante, pequenas e rudimentares indústrias manufatureiras que introduziram, no processo produtivo, elementos considerados próprios a uma nova estrutura produtiva, caracterizada pela divisão sistemática do trabalho e pela introdução do pagamento salarial aos trabalhadores. (DELGADO apud BRITO, 2011, p. 25)⁴.

A CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e a subempreitada, em seu artigo 455, englobando também a figura da pequena empreitada, no artigo 652, a, III. À época de elaboração da CLT, na década de 1940, a terceirização⁵ não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos 30 anos do século XX, nem sequer merecia qualquer expressão designativa especial.

Em 1966, os Decretos-leis 1.212 e 1.216 permitiram aos bancos contratarem serviços de segurança por empresas particulares de segurança bancária e em 1974 foi editada no Brasil a primeira norma que efetivamente tratou da terceirização, a Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974, que regulou a prática

³ BRITO. Dayane Cristine Souza de. Terceirização como Paradigma ensejador da Precarização ds Condições de Trabalho. Monografia PUC MINAS - Arcos -2011. <http://docplayer.com.br/15549498-Www-conteudojuridico-com-br.html>. Acesso em 24 de jun de 2017.

⁴ BRITO. Dayane Cristine Souza de. Terceirização como Paradigma Ensejador da Precarização das Condições de Trabalho. Monografia PUC MINAS - Arcos -2011. <http://docplayer.com.br/15549498-Www-conteudojuridico-com-br.html>. Acesso em 24 de jun de 2017.

⁵ Maurício Godinho pondera por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. 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. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012

do trabalho temporário, o qual já ocorria em larga escala no mercado de modo informal (MARTINS, 2012, p.16-17) ⁶.

Em 10/12/1970, a Lei n. 5.645, em seu art.3º, parágrafo único, conforme Maria Sylvia Z. Di Pietro (2015) ⁷ permitiu que as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas fossem, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei n. 200.

Posteriormente, foi sancionada em 1983 a Lei 7.102, que tratava da segurança dos estabelecimentos financeiros e permitia a exploração de serviços de vigilância e de transporte de valores nesse setor.

Conforme Guerra e D’Amato (2016) ⁸, seguindo a linha cronológica, já no âmbito privado, a Lei n. 6.019, de 31/01/1974, dispôs sobre a possibilidade de trabalho temporário, de até três meses, para atender à necessidade transitória, não constituindo vínculo empregatício dos tomadores de serviço. No mesmo sentido, a Lei n. 7.112, de 20/06/1983, trouxe amparo legal para a terceirização dos serviços de segurança, vigilância e transporte de valores. Esse contexto de flexibilização, cada vez mais comum, impulsionou o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Resolução n. 4, de 22 de setembro de 1986, a introduzir o Enunciado n. 256, que dispunha: “salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 31/01/74 e n. 7.102, de 20/06/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”. A princípio, o enunciado não se aplicava à administração pública direta, uma vez que trazia apenas as exceções previstas para o setor privado, em desapeço à Lei n. 5.645/70 e ao Decreto-Lei n. 200/67.

Posteriormente, a Constituição da República de 1988 dispôs no art. 37, II, acerca da necessidade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. No mesmo artigo, o inciso IX prevê a contratação temporária, e o inciso XXI trata da obrigatoriedade de realização do

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁸ GUERRA, Evandro Martins. D’AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

procedimento licitatório para as obras, serviços, compras e alienações contratadas; uma vez que tais contratos já existiam, frisou-se apenas a necessidade de licitação, inclusive no âmbito da administração indireta. Nas palavras de Maria Sylva Z. Di Pietro (2015)⁹ a redução de custos e a idéia de maior eficiência fundamentaram o aumento da utilização da colaboração do particular pela Administração. A terceirização é muito utilizada na iniciativa privada, vem se incorporando como um dos institutos mediante os quais a Administração Pública moderna busca a parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Assim, constitui umas das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem se socorrendo a Administração Pública.

Já em 5 de abril de 1993, o Ministério Público do Trabalho (MPT) instaurou Inquérito Civil Público para apurar uma denúncia de que o Banco do Brasil estaria terceirizando atividades bancárias, omitindo-se no dever de realizar concurso público mesmo após ter assinado Termo de Compromisso. Naquela época havia muita pressão para a flexibilização do Enunciado n. 256, que só permitia a terceirização de serviços de vigilância. No mesmo sentido, também havia jurisprudência abrindo exceções à sua aplicabilidade, legitimando determinados contratos de terceirização. Biavaschi e Droppa apud Guerra e Amaranto (2016)¹⁰

Diante das circunstâncias, o subprocurador-geral do MPT encaminhou ao TST pedido de alteração do Enunciado n. 256, para que fosse expressa a ilegalidade da contratação para serviços de limpeza e digitação, exceto para as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os órgãos da administração direta, autárquica e fundacional.¹¹ A Comissão de Súmula, visando atingir também o setor privado, ampliou ainda mais as possibilidades de terceirização, sendo aprovada a Súmula n. 331.¹²

2.2 Trabalhos ligados a atividades meio e atividade fim

O § 2º do art. 581 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) conceitua atividade-fim como: “a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam,

⁹ Di Pietro (2015) Op. Cit

¹⁰ GUERRA, Evandro Martins.D'AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

¹¹ Ibidem

¹² Assunto abordado neste trabalho em outro item

exclusivamente em regime de conexão funcional.” Para Maurício Godinho, as atividades-fim podem ser conceituadas como “as funções e as tarefas empresariais e laborais que se ajustam no núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico”¹³

Com relação as atividades-meio, o autor ressalta que são as “referidas pela Lei n. 5.645 de 1970”, bem como “outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviços de alimentação aos empregados do estabelecimento etc.)”¹⁴

Um dos elementos definidores da terceirização envolve a realização de atividades que não constituem o objeto principal do tomador, entendimento esposado pela doutrina e pela jurisprudência dominante, expresso na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que, em suma, considera ilícita a terceirização da atividade-fim.

De fato, não existe lei proibindo a terceirização da atividade principal da empresa, mas há uma presunção relativa de que haveria fraude aos direitos trabalhistas, consoante a lógica do art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT): “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”¹⁵

Nesse sentido, os requisitos de pessoalidade (pessoa específica que deve realizar o trabalho, devido às suas próprias qualidades), onerosidade (retribuição pecuniária), não eventualidade (contrato de duração) e subordinação (situação em que empregador exerce seus poderes diretivo, hierárquico e disciplinar sobre o empregado) estabelecidos pelo dispositivo citado, se cumulados, culminará na caracterização de uma relação de emprego, trazendo para o empregador todas as responsabilidades jurídicas e trabalhistas próprias da relação.

Os requisitos de onerosidade e não eventualidade são inerentes a todo contrato de trabalho e, na realização da atividade principal da empresa,

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit

¹⁵ GUERRA, Evandro Martins.D’AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

difícilmente não estarão presentes os demais requisitos da subordinação e da personalidade.

Assim, a terceirização será ilícita, caracterizando, nesse caso, apenas uma relação de emprego travestida

2.3. Terceirização na Administração Pública

Maria Sylvia Di Pietro, (2016)¹⁶ diz que partir da década de 80, a Administração Pública brasileira iniciou um processo de reforma, visando reduzir o tamanho do seu aparelhamento administrativo, tornando-a mais flexível, eficiente e voltada para o atendimento ao cidadão. Surge o instituto da privatização, em sentido amplo, o qual compreendia, dentre outros, a quebra de monopólios de atividades exercidas exclusivamente pelo poder público, a delegação de serviços públicos aos particulares e a terceirização, na qual se buscava a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades acessórias da Administração.

Posteriormente, em 1997, foi editado o Decreto Federal 2.271/1997, que veio para disciplinar a contratação de serviços na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabelecendo um rol de atividades que devem ser preferencialmente executadas de forma indireta: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.¹⁷

Segundo os ensinamentos de MARTINS (2012, p.152-156)¹⁸, “a Administração Pública somente pode adotar formas de terceirização previstas em lei, sob pena de ilegalidade do ato e responsabilização do agente que o praticou e, em regra, devem ser precedidas de licitação.” Tendo em vista essa obrigatoriedade, o autor apresenta algumas formas de terceirização, em sentido amplo, permitidas para a Administração Pública:

1. Contratação temporária de servidores para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público nos casos de calamidade pública, combate a surtos

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁷ Napoleão,

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012

endêmicos, recenseamentos, admissão de professores substitutos ou visitantes, atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou encargos temporários e serviços de Engenharia, consoante os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.745/93.

2. Concessão e permissão da prestação de serviços públicos, regulado pela Lei nº 8.987/95. Sendo que a concessão “é o contrato administrativo em que a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço, obra pública, ou cede o uso de um bem público, para que o execute por sua conta e risco, no prazo e condições estabelecidas, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração” (MARTINS, 2012 p.153) e a permissão “é um ato administrativo unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso, em que a Administração Pública delega ao particular a execução de um serviço público ou a utilização de um bem público” (MARTINS, 2012 p.154).

3. Execução de serviços de saúde e ensino pela iniciativa privada como forma de complementar os sistemas públicos, conforme artigos 199 §1º e 209 da Lei Magna (MARTINS, 2012, p.155)¹⁹.

Logo, com o escopo de não só desincumbir-se da obrigação constitucional de prestar diretamente tais serviços à população, mas também o de diminuir o dispêndio de receitas, o Poder Público, a partir da reforma constitucional operada pela Emenda Constitucional nº 19/98, e pela regulamentação por meio de leis ordinárias, engendrou meios para transmitir seus encargos à estas entidades privadas sem fins lucrativos. Deste modo, legitimou-se a delegação da obrigação estatal de prestar serviços sociais para tais entidades, mediante o recebimento de uma série de benefícios e incentivos por parte do Poder Público.

Uma das principais medidas utilizadas para essa finalidade é o contrato de gestão, o qual visa a “instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado”, conforme ensina Di Pietro²⁰.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Conforme Guerra e D’Amato (2016)²¹ O Projeto de Lei n. 4.330/2004, aprovado recentemente pela Câmara dos Deputados e em tramitação no Senado Federal, é o instrumento que se propõe a promover a regulamentação do tema, contudo comporta várias questões complexas e controversas, entre elas, especialmente, a possibilidade de serem terceirizadas as atividades-fim no âmbito público. O PL n. 4.330/2004 trata basicamente de quatro grandes temas: a abrangência das terceirizações tanto para as atividades-meio como para as atividades-fim; a responsabilidade exclusiva da empresa terceirizada quanto às obrigações trabalhistas, cabendo à contratante tão só fiscalizar; a representatividade sindical, que passa a ser do sindicato da empresa contratada e não da contratante e, ainda, a terceirização no setor público. Em face do princípio da hierarquia das normas, aprovado o PL n. 4.330, afastada será a Súmula n. 331 do TST, e nos casos de empresas que terceirizam para a administração e não cumprem com suas obrigações não haverá a responsabilização da tomadora.

2.4. Responsabilidade subsidiária/solidária na Administração Pública

No contrato de terceirização, “a Administração Pública pode responder pelos encargos trabalhistas e previdenciários da força de trabalho utilizada na prestação de serviços, caso haja inadimplemento da contratada” (SEKIDO, 2010, p. 31)²².

Esta imputação à Administração Pública tem origem na necessidade de preservar os direitos laborais que, em virtude da terceirização, já estavam sendo amplamente flexibilizados e precarizados. A responsabilidade solidária trabalhista, com fulcro no art. 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), possui respaldo jurídico no art. 265 do Código Civil (CC), o qual

²¹ GUERRA, Evandro Martins. D’AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

²² SEKIDO, Amelia Midori Yamane. Terceirização na administração pública: a gestão e a fiscalização dos contratos. 2010. 61 f. Monografia, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055866.PDF>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

dispõe que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes” (BRASIL, 2002, não paginado)²³.

Martins (2012, p. 135)²⁴, ao explicar como se manifesta a responsabilidade solidária, afirma que:

“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.”

Nesse ínterim, a responsabilidade solidária prevê que a Administração Pública, enquanto tomadora dos serviços terceirizados detém a mesma responsabilidade laboral que a empresa prestadora dos serviços, ou seja, se restar configurado o inadimplemento da empresa terceirizada, o Ente Público será igualmente responsabilizado.

Contudo, essa responsabilidade só poderá ser atribuída à Administração Pública se a terceirização for de serviços típicos da dinâmica permanente do Estado (terceirização ilícita ou ilegal), uma vez que fere a regra de que os serviços públicos devem ser exercidos por servidores públicos concursados (art. 37, II, CF/88) (BRASIL, 1988).

No entanto, a responsabilidade solidária não é uma realidade patente nas contratações do Poder Público. O TST somente adota esse tipo de responsabilidade em casos bastante específicos, dentre eles: empresas do mesmo grupo econômico (art. 2º, §2º, da CLT); fraude na sucessão empresarial (artigos 9, 11 e 448 da CLT e art. 942 do CC); falência da empresa de trabalho temporário (art. 16 da Lei nº. 6.019/1974); e, terceirização trabalhista, “quando há mais de um causador do dano, como a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora de serviços” (MARTINS, 2012, p. 136).

A responsabilidade subsidiária é a responsabilidade solidária com benefício de ordem, ou seja, a sua aplicação pressupõe o exaurimento da obrigação da empresa terceirizada (devedor principal).

²³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012

Nesta esteira, colhe-se a lição de Martins (2012, p. 137)²⁵:

A palavra subsidiária vem do latim *subsidiarius*, que significa secundário. 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 serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora de serviços).

Com embasamento jurídico no inciso IV da Súmula nº. 331 do TST, a responsabilidade subsidiária é a corrente mais difundida no meio justrabalhista, pois requer a análise da culpa do Ente Público pelos débitos trabalhistas, sem reportar à Administração uma responsabilidade automática, solidária.

A responsabilidade subsidiária trabalhista possui grande semelhança com a responsabilidade subjetiva civil do Estado, porque esta pressupõe a análise de culpa, assim com aquela que, ao ser cogitada, faz-se necessário a constatação da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*.

A culpa *in eligendo* é a culpa do Estado quando escolhe mal os seus contratados, ou seja, é a má escolha estatal dos prestadores de serviços terceirizados. Porém, alguns autores apontam a impossibilidade de ocorrência da culpa *in eligendo* na Administração Pública, sob a justificativa de que a escolha da empresa prestadora de serviços sempre será a mais correta possível, uma vez que ocorre de acordo com os parâmetros legais, sem a possibilidade de decisões discricionárias. Desta forma, somente poderia cogitar a reponsabilidade subsidiária caso comprovado, primeiramente, o vício no processo licitatório (FORTINI, 2012, p. 96)²⁶.

A culpa *in vigilando* é a culpa do Estado quando este não fiscaliza os seus contratados, isto é, decorre da má fiscalização da conduta da empresa terceirizada durante a execução do contrato. Nessa linha de entendimento, a execução do contrato deve ser acompanhada diretamente pela Administração, com a verificação do adimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias derivadas do pacto trabalhista (FORTINI, 2012, p. 97).

²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012

²⁶ FORTINI, Cristiana (Coord.). Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Todavia, os adeptos à posição contrária à culpa *in vigilando* do Estado aduzem que “cabe a União, através do Ministério do Trabalho, o exercício de poder de polícia na fiscalização do cumprimento das normas de proteção ao trabalho, o que inclui a fiscalização do adimplemento de obrigações trabalhistas” (FORTINI, 2012, p. 99). Destacam, do mesmo modo, que o encargo do Estado com a fiscalização dos contratos comprometeria o objetivo da terceirização que é reduzir o tempo e os gastos públicos com atividades acessórias.

2.5. Súmula 331 do TST

A contratação de trabalhadores terceirizados somente é autorizada em limites legalmente traçados, tendo em vista que se contrapõem ao padrão clássico bilateral de contratação trabalhista.

A Súmula n. 331 do TST - Tribunal Superior do Trabalho traça claramente em seus incisos as hipóteses autorizadoras supramencionadas. Pois bem, a Súmula n. 331, anteriormente às suas alterações, trazia em seu bojo quatro incisos, delimitando nestes, as situações autorizadoras de contratação de trabalhadores por meio da terceirização.

O inciso I da Súmula n. 331 do TST autorizava a contratação de trabalhadores terceirizados por empresa interposta, somente em casos de trabalho temporário, especificados na Lei 6.019/74, quais sejam, para atender necessidade transitória em substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço. Já o inciso II, discriminava que a contratação irregular de trabalhadores terceirizados pelos órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional, não era pressuposto para gerar vínculo de emprego do trabalhador terceirizado com esta. No inciso III, eram autorizadas a contratação de trabalhadores terceirizados em casos de atividades de conservação e limpeza, serviços de vigilância, bem como serviços especializados ligados a atividade meio da empresa tomadora de serviços; ressaltando-se que esse tipo de contratação não geraria vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços, desde que ausentes a subordinação e a pessoalidade. Por último, o inciso IV, ressaltava a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, quando a empresa fornecedora da mão de obra não

arcava com suas obrigações trabalhistas, incluídos nessa responsabilidade os órgãos da Administração Direta e Indireta, desde que hajam participado da relação processual ou que constem também do título executivo judicial.

Passa-se à análise das hipóteses legais contidas na Súmula n. 331 do TST, as quais autorizam a contratação de mão-de-obra terceirizada, bem como aos efeitos jurídicos que acarretam para a empresa tomadora de serviços, em caso de descumprimento das hipóteses referidas.

Assim comenta DELGADO (2012, p. 467)²⁷:

“Não há dúvida de que a interpretação contida na Súmula 331, IV, abrange todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem sociojurídica brasileira. Nesse quadro, parece claro que a compreensão sumulada abrange também o trabalho temporário. Superam-se, nesse sentido, as limitações 35 tradicionalmente criticadas quanto ao texto do art. 16 da Lei nº 6.019/74”

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. (DELGADO, 2012, p. 425).

Esse rol de atividades foi um dos primeiros a ensejar práticas terceirizantes no mercado de trabalho privado no país, mesmo quando ainda

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012

vigora a antiga Súmula n. 256 do TST, ainda que seu texto não contemplasse a licitude de tais práticas. (DELGADO, 2012)²⁸.

As atividades de conservação e limpeza também poderão ser terceirizadas, tendo em vista a disposição legal contida no inciso III, da Súmula n. 331 do TST. Esta é a última das três hipóteses elencadas na Súmula n. 331 do TST, onde deve ser observada a ausência de pessoalidade e subordinação direta do obreiro 26 terceirizado com a empresa tomadora de serviços. Dessa forma, presentes os elementos fáticos jurídicos referidos, caracterizar-se-á a formação do vínculo de emprego do obreiro terceirizado com a empresa tomadora de serviços.

Além da modificação em relação ao inciso IV, foram inseridos no texto da Súmula mais dois incisos, V e VI, respectivamente. A antiga redação da Súmula n. 331 do TST, em seu inciso II preconizava que o vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública não seria reconhecido nos casos de contratação irregular. Nesse sentido, se a empresa prestadora de mão de obra contratasse ilicitamente um obreiro terceirizado e não arcasse com suas obrigações trabalhistas para com este, as entidades públicas tomadoras dos serviços não seriam responsabilizadas por eventuais encargos trabalhistas e nem haveria o reconhecimento do vínculo empregatício do obreiro terceirizado e o órgão da Administração Pública correspondente.

O STF no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, Lei das Licitações, a qual dispõe que os órgãos da Administração Pública não seriam responsabilizados por débitos trabalhistas inadimplentes decorrentes das empresas prestadoras de mão de obra contratadas por entes públicos. (PIMENTA, 2011)²⁹.

Assim, de um lado, tinha-se o antigo texto do inciso IV da Súmula n. 331 do TST, que responsabilizava subsidiariamente os órgãos da Administração Pública nos casos de inadimplemento de eventuais encargos trabalhistas por

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012

²⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da súmula n. 331 do TST do Tribunal Superior do Trabalho. Revista LTR, São Paulo, v. 75, n.7, p. 775- 791, jul. 2011.

parte da empresa prestadora de serviços, e do outro, a decisão do STF que consistia em sua não responsabilização.

A solução encontrada pelo Pleno do TST foi a adequação do texto da Súmula n. 331, com a decisão do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. No atual texto da Súmula n. 331 do TST, a responsabilização subsidiária dos órgãos da Administração Pública é englobada no inciso V, sendo que estes serão responsabilizados desde que evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, Lei das Licitações.

Neste novo entendimento, os entes públicos tomadores de serviços devem fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de mão de obra, pois, caso contrário, serão responsabilizados subsidiariamente quanto a estas obrigações. (PIMENTA, 2011).

2.7. A Nova Lei 13.429 de 2017

Spagnol (2017)³⁰ menciona que o antigo Projeto de Lei nº 4.302/98, que já havia passado pelo Senado Federal, foi desengavetado e depois de quase duas décadas sancionado pelo Presidente Temer, transformando-se na Lei nº 13.429/2017 que alterou os arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10, o parágrafo único do art. 11 e o art. 12 da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974 e está sendo chamada de “lei da terceirização e do trabalho temporário”.

Jose Alberto Maciel (2017)³¹ coloca que o interessante da Lei 13.429 de 31 de Março de 2017, é:

Ao alterar certos dispositivos da lei 6.019/74, incluiu ELA em seu texto um regulamento sobre terceirização, como se

³⁰ SPAGNOL, Debora. A terceirização, a Lei nº 13.429/2017 e seus impactos - vantagens, desvantagens e modificações. <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>. Acesso em 03 de julho de 2017.

³¹ MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/> Acesso em 22 de junho de 2017.

fossem institutos iguais, quando, efetivamente, são contratos de natureza diversa. Ao regulamentar o trabalho temporário, no artigo 9º da Lei nova, em seu parágrafo 3º, está expresso que: "O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividade-meio e atividade-fim, a serem executados na empresa tomadora de serviços".

O autor coloca, entretanto, sendo essa a questão principal da terceirização, o legislador, quando na Lei trata da terceirização diz no parágrafo 2º do artigo 4º A, que: "Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviço, qualquer que seja seu ramo, e a empresa contratante".

O grande conflito existente na terceirização, e que atravança toda a Justiça do Trabalho e que é a "pedra no sapato" das empresas em todo o país, talvez por uma falta de técnica dos legisladores, não foi diretamente solucionado, o que poderá levar os Tribunais a continuar decidindo de acordo com a súmula 331 do TST, mantendo os mesmos problemas atualmente existentes, a não ser que norma posterior, ou decisão do STF, venham a esclarecer melhor o objetivo da lei 13429/17. É que a referida súmula, como é sabido, proíbe a terceirização nas atividades – fim, apenas entendendo válidos os contratos de terceirização nas atividades-meio.³²

Maciel (2017) menciona os pontos da Nova Lei 13.429/17 que chama atenção :

trabalho temporário, no artigo 9º da Lei nova, em seu parágrafo 3º, está expresso que, "O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividade-meio e atividade-fim, a serem executados na empresa tomadora de serviços". Entretanto, sendo essa a questão principal da terceirização, o legislador, quando na Lei trata da terceirização diz no parágrafo 2º do artigo 4º A, que "Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviço, qualquer que seja seu ramo, e a empresa contratante".

³² MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/> Acesso em 22 de junho de 2017.

Spagnol (2017)³³ frisa que além das atividades terceirizáveis, a lei trouxe várias e importantes modificações às relações trabalhistas, conforme se destacam a seguir, ponto a ponto:

a) Atividades que podem ser terceirizadas – serviços de vigilância, limpeza e conservação, além dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Agora, qualquer atividade empresaria pode ser terceirizada (atividades inerentes, acessórias ou complementares da empresa tomadora). b) Responsabilidade das empresas A responsabilidade somente será solidária se a empresa tomadora dos serviços falir (§ 7º da Lei). c) Subordinação e vínculo empregatício – Pela nova lei, exceto nos casos de trabalho temporário, a regra é a invalidade da existência de subordinação e de reconhecimento de vínculo empregatício (art. 4º-A, § 2º). Porém, em casos de fraude em que se comprove a subordinação direta, o vínculo entre o trabalhador e a contratante deverá ser reconhecido judicialmente, nos termos da Súmula nº 331. d) Acidente de trabalho – A nova Lei não prevê a responsabilização nesses casos. Aplicar-se-ão então as regras contidas nos artigos 927, 932 e 942 do Código Civil para regular o tema. Assim, serão responsáveis por indenizar o acidentado todos aqueles que concorreram para o ato ilícito que lhe causou danos. Portanto, responsabilidade solidária. e) Representação sindical – A nova lei não prevê acerca da representação sindical. f) Exigência de capital social mínimo – Antes não havia regulamentação sobre o assunto. A nova lei estabeleceu exigências de capital social mínimo conforme a quantidade de empregados. Empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00; mais de 10 até 20 empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00; mais de 20 e até 50 empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00; mais de 50 e até 100 empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); mais de 100 empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) – Art. 4º - B, da Lei nº 13.429/2017. g) Alteração da empresa prestadora de serviços O projeto anterior (PL 4.330/2004) previa a possibilidade de troca da empresa prestadora de serviços com a admissão dos empregados da antiga contratada e garantia dos salários e direitos do contrato anterior. A nova Lei nada diz a respeito. h) Fornecimento de refeição, transporte e serviço médico aos empregados terceirizados.

³³ SPAGNOL, Debora. A terceirização, a Lei nº 13.429/2017 e seus impactos - vantagens, desvantagens e modificações. <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>. Acesso em 03 de julho de 2017.

A nova lei prevê que a contratante pode estender ao trabalhador esses mesmos benefícios, desde que fornecidos também aos seus empregados, podendo se dar nas suas dependências ou local por ela designado. i) Responsabilidade pelas condições de segurança, higiene e salubridade – Antes não era regulamentado. Agora, é responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local previamente contratado (art. 5º-A). j) Proibição de sócios da empresa prestadora de serviços – Anteriormente, não era regulamentado. O PL 4.330/04 previa que o sócio da empresa prestadora de serviços não poderia ser sócio, administrador ou ter mantido vínculo empregatício nos últimos dois anos com a empresa tomadora. A nova lei nada menciona a respeito. k) Quarteirização – Ocorre quando a empresa contratada subcontrata outras empresas para prestar os serviços. Antes não havia regras prevendo essas situações. Agora, a lei expressamente autoriza a subcontratação de outras empresas que serão responsáveis pela contratação, remuneração e direção do trabalho (Art. 4º-A, § 1º). l) Administração pública – Antes, a terceirização irregular pela Administração Pública não gerava vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e os órgãos da Administração Pública direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), indireta (autarquias ou empresas públicas) ou fundacional. A administração pública, todavia, tinha responsabilidade subsidiária pela contratação. A nova lei nada menciona sobre o poder público, sendo que a contratação de terceirizados pelo Estado já é praxe e regida pela Lei de Licitações (5). Assim, a impossibilidade de responsabilização automática da Administração decorre de norma específica (art. 71 da Lei nº 8.666/93) e, numa interpretação extensiva, aplica-se também a regra geral da responsabilidade subsidiária. m) Trabalho temporário – a principal inovação na lei se refere à possibilidade de ampliação do prazo do contrato: agora pode ser de 180 dias, prorrogáveis por mais 90 dias. Ao final desse prazo, o trabalhador somente poderá ser contratado para prestar serviços à tomadora após 90 dias. A contratação de temporários somente poderá ocorrer “para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços” (art. 2º da Lei 13.429/178). Aos empregados temporários também deverão ser garantidos os serviços de saúde, auxílio alimentação, jornada e salário pagos aos funcionários regulares.

Para Maciel (2017)³⁴ a Lei, na forma aprovada, traz preocupações se direcionarmos o olhar às possíveis perdas dos benefícios trabalhistas conquistados ao longo do tempo.

Spagnol (2017)³⁵ receia-se que, possibilitada a terceirização das atividades-fim, restarão afastadas as obrigações celetistas com consequente redução dos benefícios trabalhistas (redução de salários, empregados desempenhando mesmas funções, mas com salários distintos - o que, note-se, é inconstitucional, ferindo os princípios da dignidade da pessoa e da isonomia).

Fernando Maciel (2017)³⁶ menciona que :

Dessa forma, considerando o silêncio eloquente praticado pelo legislador ordinário no PL 4.302/98, outra conclusão não pode ser alcançada senão o fato de que a subcontratação de serviços nas atividades-fim da empresa contratante somente pode se dar no âmbito dos contratos de trabalho temporário, inexistindo disciplina normativa no que tange à possibilidade de a contratação de serviços de terceiros (terceirização) alcançar as atividades-fim das empresas tomadoras de serviços. Salvo melhor juízo, enquanto não sobrevier disciplina legal específica acerca da matéria, entendemos que esse vácuo normativo deve continuar a ser disciplinado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual proíbe a terceirização das atividades-fim do tomador, cuja constitucionalidade está sendo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 958.252.

2.8. A terceirização e a regra do Concurso Público

³⁴ MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/> Acesso em 22 de junho de 2017

³⁵ SPAGNOL, Debora. A terceirização, a Lei nº 13.429/2017 e seus impactos - vantagens, desvantagens e modificações. <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>. Acesso em 03 de julho de 2017.

³⁶ MACIEL, Fernando. Projeto permite terceirização irrestrita apenas no trabalho temporário. <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita- apenas-trabalho-temporario> Acesso em 04 de jul 2017

Conforme Rosa Maria Ramos apud Guerra e D’Amato (2016)³⁷, há possibilidade lícita de se terceirizar a atividade-fim da empresa com relação ao produto, mas não no que se refere à prestação de mão de obra para realizá-la. Ou seja, o instituto da terceirização abrange o fornecimento de bens, possibilitando a terceirização da atividade principal da empresa, a exemplo da indústria automobilística, que terceiriza vários setores de produção, mas cada setor tem seu fim específico, por exemplo, a fabricação de peças. Porém, com relação à mão de obra, não poderia essa mesma empresa terceirizar trabalhadores para fabricação de peças da empresa, o que infringiria a Súmula n. 331 do TST.

Mesmo com a insegurança na classificação das atividades da empresa, de acordo com o inciso I da Súmula n. 331 do TST, a configuração da terceirização de trabalhadores para realizarem atividade-fim tem como consequência a caracterização de vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços.

Todavia, a premissa não se aplica quando o Estado configura como parte tomadora de serviços de empresa terceirizante mediante vedação constitucional. O art. 37, II, prevê a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público.

38

Ignorar a previsão constitucional do concurso, considerando o vínculo empregatício do trabalhador com o ente da Administração que contratou empresa prestadora de serviços, seria considerar o interesse individual do trabalhador acima do interesse coletivo, desrespeitando diretamente os princípios que regem a Administração, notadamente a supremacia do interesse público sobre o privado bem como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, etc. (Guerra e D’Amato)³⁹

³⁷ GUERRA, Evandro Martins.D’AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

³⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. A terceirização no serviço público. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf> Acesso em: 27 jun. 2017.

³⁹ GUERRA, Evandro Martins.D’AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

Nesse sentido, a Constituição da República, em seu art. 37, inciso XXI, prevê a contratação de serviços, mediante procedimento de licitação, devendo ser assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes.

Já no Decreto Federal 2.271/97, há uma vedação para terceirização na Administração Pública, que é a execução por terceiros de atividades inerentes a cargos pertencentes à organização administrativa de órgão ou entidade pública, ressalvada expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (RAMOS APUD NAPOLEÃO 2016).

Rosa Ramos apud Napoleão (2016) ensina, em síntese, que a questão da terceirização e a burla ao concurso público não é um assunto simples, pois envolve alguns aspectos que precisam ser compreendidos. A Administração Pública tem o dever de criar cargos ou empregos inseridos em seu núcleo fundamental, os quais só podem ser exercidos por servidores públicos devido à sua relevância para o interesse público. Porém, há outras atividades que não coincidem com o núcleo exclusivo e que, portanto, poderiam ser terceirizados, desde que observados os princípios da economicidade e moralidade.

A autora Rosa Ramos apud Napoleão (2016), vai além em relação aos limites para a terceirização, ao afirmar que:

“(...) desde que a contratação seja firmada dentro desse quadro, em que o ajuste fica caracterizado em termos similares àqueles em que a lei civil regula os contratos de locação de serviços ou de empreitada, tendo por escopo a execução de objeto determinado por empresa nele especializada, que conjugue os fatores de produção para isso necessários, envolvendo atividades materiais de apoio ao trabalho desenvolvido pelo setor público, dúvida maior não surge acerca da legalidade e legitimidade do ajuste.

Ela sugere que a terceirização poderia extrapolar a atividade-meio do Poder Público, desde que sob o manto da lei, pois, em seu entendimento, sua atuação é pautada pela estrita observância do princípio da legalidade: “Para melhor atingir a finalidade pública de sua instituição, no entanto, sem se afastar das funções que lhe foram legalmente atribuídas, observados os instrumentos formais impostos pelo ordenamento jurídico, a princípio parece possível

conceber uma terceirização que se confunda com facetas da atividade-fim do órgão ou entidade “ (RAMOS, 2001, p.126 APUD NAPOLEÃO 2016)

CONCLUSÕES

Pode-se evidenciar, conforme abordagem apresentada por este artigo científico, que a terceirização é um fenômeno eminentemente administrativo que mudou a forma de contratação dos trabalhadores, através de uma relação trilateral envolvendo: obreiro, tomador de serviços e prestador de serviços, com objetivo de aumentar a produção e reduzir os gastos com as obrigações trabalhistas.

A Administração Pública incorporou a terceirização, ferramenta de gestão, materializada por meio de contrato, que possibilita redução de custos e especialização na prestação dos serviços ou fornecimento de bens, buscando parcerias com o setor privado, para a realização de suas atividades de apoio ou meramente instrumentais, a fim de que possa desempenhar melhor suas competências funcionais.

A Justiça do Trabalho editou a Súmula nº. 331 do TST, para tutelar os direitos dos trabalhadores terceirizados estabelecendo a responsabilidade subsidiária automática em caso de inadimplência da empresa contratada. A Lei nº. 8.666/1993 promulgada pelo Congresso Nacional em dissonância com o texto sumular, no art. 71, §1º, isentava completamente o poder público de quaisquer encargos trabalhistas, fiscais e comerciais do seu contratado. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 16, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o conflito referenciais normativos, declarando a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº. 8.666/1993, sem excluir a aplicação da Súmula nº. 331 do TST. Mesmo que com o STF tenha proclamado a constitucionalidade da Lei de Licitações, o Poder Público não ficou isento de responsabilidade, ou seja, a culpa *in vigilando*.(NAPOLEÃO,2016)

Existem divergências entre os autores referente a aplicabilidade da Lei 14329/17. Sendo que alguns consideram que a alteração somente para o serviço temporário e para esfera publica continuara somente na atividade-meio, enquanto outros acreditam que será tudo mudado. Caso do procurador federal Fernando Maciel diz que a subcontratação de serviços nas atividades-fim

somente pode ocorrer em contratos de trabalho temporários, diante do “silêncio eloquente” do projeto de lei de 1998. Para ele, “esse vácuo normativo deve continuar a ser disciplinado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual proíbe a terceirização das atividades-fim do tomador”, até o Supremo Tribunal Federal julgar o tema no Recurso Extraordinário 958.252.

Só o tempo e a jurisprudência poderão dizer se essa nova Lei vem para o bem ou para o mal do trabalhador.

REFERENCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

BRITO. Dayane Cristine Souza de. Terceirização como Paradigma Ensejador da Precarização das Condições de Trabalho. Monografia PUC MINAS - Arcos -2011.<http://docplayer.com.br/15549498-Www-conteudojuridico-com-br.html>. Acesso em 24 de jun de 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. Terceirização no serviço público. Disponível em: . Acesso em: 27 jun. 2017.

GIOSA, Lívio. Audiência Pública Terceirização. Youtube, 10 de outubro de 2011. Disponível em: em Acesso em: 21 de jun. 2017.

LIMA, Lais Rabelo. Terceirização e a responsabilidade da administração pública pelos débitos trabalhistas. http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_leitura&artigo_id=16081 Acesso em 03 de jul 2017

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas,2012

MACIEL, Fernando. Projeto permite terceirização irrestrita apenas no trabalho temporário.<http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita- apenas-trabalho-temporario> Acesso em 04 de jul 2017

MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/> Acesso em 22 de junho de 2017.

NAPOLEÃO, Isabela Mattos. Terceirização na administração pública e os reflexos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 do Supremo Tribunal Federal / Isabela Mattos Napoleão. – Niterói, 2016.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da súmula n. 331 do TST do Tribunal Superior do Trabalho. Revista LTR, São Paulo, v. 75, n.7, p. 775- 791, jul. 2011.

SEKIDO, Amelia Midori Yamane. Terceirização na administração pública: a gestão e a fiscalização dos contratos. 2010. 61 f. Monografia, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055866.PDF>>. Acesso em: 21 jun. 2017

SPAGNOL, Debora. A terceirização, a Lei nº 13.429/2017 e seus impactos - vantagens, desvantagens e modificações. <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>. Acesso em 03 de julho de 2017.