

**Revista da**  
**ACADEMIA BRASILEIRA DE**  
**DIREITO DO TRABALHO**

**Terceirização de Serviços e suas Repercussões  
no Direito do Trabalho Contemporâneo**



**Revista da**  
**ACADEMIA BRASILEIRA DE**  
**DIREITO DO TRABALHO**

**Terceirização de Serviços e suas Repercussões  
no Direito do Trabalho Contemporâneo**

Ano XX – n. 20 – 2015

**LT<sup>®</sup>R**



EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571  
CEP 01224-001  
São Paulo, SP – Brasil  
Fone (11) 2167-1101  
www.ltr.com.br  
Setembro, 2015

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: LINOTEC  
Projeto de Capa: FABIO GIGLIO  
Impressão: DIGITAL PAGE

Versão impressa: LTr 5379.4 — ISSN: 1984-0853

Versão e-book: LTr 8825-2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

---

Revista da Academia Brasileira de  
Direito do Trabalho

Ano XX – n. 20 – Conteúdo:

Terceirização de Serviços e suas Repercussões no  
Direito do Trabalho Contemporâneo

ISSN: 1984-0853

Direito do trabalho

---

O conteúdo dos artigos, acórdão é de responsabilidade exclusiva de seus ilustres autores. Sua publicação na Revista não significa, necessariamente, adesão ou aprovação da Academia, pelos seus Diretores ou pela Editora.

---

# Sumário

---

Relação de Membros da Academia Brasileira de Direito do Trabalho .....	7
Apresentação.....	11

## I – Terceirização

Terceirização na Perspectiva do Direito do Trabalho Brasileiro <i>Carlos Henrique Bezerra Leite</i> .....	15
A Terceirização e os Novos Desafios do Direito do Trabalho <i>Nelson Mannrich</i> .....	23
Terceirização: uma Regra a ser Seguida no Mundo dos Negócios <i>Prof. Dr. Fernando Belfort</i> .....	25
Terceirização, uma Visão Equivocada <i>José Alberto Couto Maciel</i> .....	35
Aspectos Jurídicos Materiais e Processuais da Terceirização Trabalhista <i>Alexandre Agra Belmonte</i> .....	37
Terceirização e a Releitura da Estrutura Sindical Brasileira no Século XXI <i>Otávio Augusto Reis de Sousa e Flávia Moreira Guimarães Pessoa</i> .....	53
A Terceirização dos Serviços nas Esferas Pública e Privada <i>Manuel Martín Pino Estrada</i> .....	63
O Passado e o Presente da Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública nos Casos de Terceirização de Serviços <i>Rodolfo Pamplona Filho e Danilo Gonçalves Gaspar</i> .....	68
Terceirização no Âmbito da Administração Pública e a Demonstração da Culpa <i>In Elegendo</i> ou <i>In Vigilando</i> do Tomador dos Serviços pelo Inadimplemento das Obrigações Trabalhistas <i>Sergio Torres Teixeira</i> .....	74
Terceirização de Serviços Bancários <i>Arion Sayão Romita e Gustavo Adolpho Vogel Neto</i> .....	85
A Terceirização produzida pela Lei n. 6.019/1974: razões para a sua existência e reflexões críticas sobre os seus desvirtuamentos <i>Luciano Martinez e Raphael Miziara</i> .....	94

## II – Alterações na Jurisprudência Sumulada do TST

As Alterações nas Súmulas do TST	
<i>Arion Sayão Romita</i> .....	111
Súmulas do TST: avanço ou retrocesso?	
<i>Luiz Carlos Amorim Robortella</i> .....	115
A Insegurança Jurídica e as Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho	
<i>José Alberto Couto Maciel</i> .....	125
Garantia de Emprego da Gestante: o Item III da Súmula n. 244 do TST	
<i>Georgenor de Sousa Franco Filho</i> .....	131
Proibição da Dispensa Imotivada nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista: Análise da Jurisprudência do STF e do TST	
<i>Carlos Henrique Bezerra Leite</i> .....	136
A Função Social do Contrato e a Nova Redação do Item III, da Súmula n. 224, a Inserção do Item III, na Súmula n. 378, e a Edição das Súmulas ns. 440 e 443, do TST	
<i>Renato Rua de Almeida</i> .....	141

## III – Atualidades em Direito e Processo do Trabalho

A Constituição de 1988 e o Grevismo Abusivo	
<i>Ney Prado</i> .....	147
Direito ao Desenvolvimento e Responsabilidade do Estado. O Dano Nacional. O Papel do Ministério Público do Trabalho	
<i>Manoel Jorge e Silva Neto</i> .....	152
Breves Comentários ao Novo Sistema Recursal Trabalhista (Lei n. 13.015/2014)	
<i>Alexandre Agra Belmonte</i> .....	158
Legitimidade das Centrais Sindicais	
<i>Georgenor de Sousa Franco Filho</i> .....	169
Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas	
<i>Vicente José Malheiros da Fonseca</i> .....	175

## IV – Discurso

Délio Maranhão: Vida e Obra	
<i>João de Lima Teixeira Filho</i> .....	183

---

# Relação de Membros da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

---

## DIRETORIA

- Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho – Presidente
- Valdir Florindo – Vice-Presidente
- Luciano Dórea Martinez Carreiro – Secretário
- Carlos Moreira De Luca – Tesoureiro
- Alexandre de Souza Agra Belmonte – Diretor de Eventos
- Luiz Carlos Amorim Robortella – Diretor de Relações Internacionais
- Gustavo Adolpho Vogel Neto – Diretor de Divulgação Institucional
- Sérgio Torres Teixeira – Diretor de Publicações Científicas
- Carlos Henrique Bezerra Leite – Diretor de Relações Institucionais

## PRESIDENTES HONORÁRIOS

- Arion Sayão Romita
- Cássio de Mesquita Barros Júnior
- Floriano Corrêa Vaz da Silva
- Georgenor de Sousa Franco Filho
- José Augusto Rodrigues Pinto
- Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
- Nelson Mannrich

## CONSELHO CONSULTIVO

- João de Lima Teixeira Filho – Presidente
- Antônio Carlos Bento Ribeiro
- Emílio Rothfuchs Neto
- Estêvão Mallet
- Evaristo de Moraes Filho
- Everaldo Gaspar Lopes de Andrade
- José Luiz Ferreira Prunes
- José Maria Quadros de Alencar
- Manoel Mendes de Freitas
- Vantuil Abdala

## CONSELHO CURADOR

- Arion Sayão Romita
- Cássio de Mesquita Barros Júnior
- Floriano Corrêa Vaz da Silva
- Georgenor de Sousa Franco Filho
- José Augusto Rodrigues Pinto
- Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
- Nelson Mannrich

## COORDENADORES REGIONAIS

- Aloysio Silva Corrêa da Veiga
- André Jobim de Azevedo
- Bento Herculano Duarte Neto
- Fernando José Cunha Belfort
- José Affonso Dallegrave Neto
- Maria Luiza da Gama Lima
- Otávio Augusto Reis de Sousa
- Sebastião Geraldo de Oliveira
- Tereza Aparecida Asta Gemignani
- Vicente José Malheiros da Fonseca

## MEMBROS ATUAIS

Arnaldo Lopes Sússekind ( <i>in memoriam</i> )	–	Cadeira 01
Alexandre de Souza Agra Belmonte	–	Cadeira 02
Almir Pazzianotto Pinto	–	Cadeira 32
Aloysio Silva Corrêa da Veiga	–	Cadeira 12
André Jobim de Azevedo	–	Cadeira 89
Anna Britto da Rocha Acker	–	Cadeira 76
Antônio Álvares da Silva	–	Cadeira 92
Antônio Carlos Bento Ribeiro	–	Cadeira 16
Ari Possidônio Beltran	–	Cadeira 74
Arion Sayão Romita	–	Cadeira 71
Benedito Calheiros Bomfim	–	Cadeira 67
Bento Herculano Duarte Neto	–	Cadeira 13
Carlos Alberto Reis de Paula	–	Cadeira 35
Carlos Henrique Bezerra Leite	–	Cadeira 44
Carlos Moreira De Luca	–	Cadeira 48
Cássio de Mesquita Barros Júnior	–	Cadeira 17
Christóvão Piragibe Tostes Malta	–	Cadeira 42
Dirceu de Vasconcelos Horta	–	Cadeira 99
Emílio Rothfuchs Neto	–	Cadeira 45
Ênio Galarça Lima	–	Cadeira 40
Ermes Pedro Pedrassani	–	Cadeira 84
Estêvão Mallet	–	Cadeira 97
Evaristo de Moraes Filho	–	Cadeira 36
Everaldo Gaspar Lopes de Andrade	–	Cadeira 31
Fernando José Cunha Belfort	–	Cadeira 22
Floriano Corrêa Vaz da Silva	–	Cadeira 11
Francisco Antônio de Oliveira	–	Cadeira 82
Francisco Fausto Paula de Medeiros	–	Cadeira 81
Georgenor de Sousa Franco Filho	–	Cadeira 95
Gustavo Adolpho Vogel Neto	–	Cadeira 04
Gustavo Filipe Barbosa Garcia	–	Cadeira 27

Ives Gandra da Silva Martins Filho	–	Cadeira 56
João Batista Brito Pereira	–	Cadeira 69
João de Lima Teixeira Filho	–	Cadeira 72
João Oreste Dalazen	–	Cadeira 07
José Affonso Dallegrave Neto	–	Cadeira 28
José Ajuricaba da Costa e Silva	–	Cadeira 59
José Alberto Couto Maciel	–	Cadeira 61
José Augusto Monteiro Cruz Rodrigues Pinto	–	Cadeira 79
José Carlos da Silva Arouca	–	Cadeira 63
José Claudio Monteiro de Brito Filho	–	Cadeira 26
José Francisco Siqueira Neto	–	Cadeira 55
José Luiz Ferreira Prunes	–	Cadeira 53
José Maria Quadros de Alencar	–	Cadeira 18
Joselita Nepomuceno Borba	–	Cadeira 08
Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro	–	Cadeira 03
Luciano Dórea Martinez Carreiro	–	Cadeira 52
Luiz Carlos Amorim Robortella	–	Cadeira 91
Luiz Eduardo Günther	–	Cadeira 09
Luiz Fernando Whitaker Tavares da Cunha	–	Cadeira 05
Luiz José Guimarães Falcão	–	Cadeira 57
Manoel Antônio Teixeira Filho	–	Cadeira 86
Manoel Jorge e Silva Neto	–	Cadeira 64
Manoel Mendes de Freitas	–	Cadeira 41
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	–	Cadeira 65
Maria Cristina Irigoyen Peduzzi	–	Cadeira 29
Maria Luiza da Gama Lima	–	Cadeira 15
Nelson Mannrich	–	Cadeira 49
Ney José de Freitas	–	Cadeira 50
Ney Edison Prado	–	Cadeira 85
Otávio Augusto Reis de Sousa	–	Cadeira 37
Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena	–	Cadeira 30
Pedro Benjamin Vieira	–	Cadeira 46
Pedro Paulo Teixeira Manus	–	Cadeira 60
Pedro Thaumaturgo Soriano de Melo	–	Cadeira 83
Raimundo Simão de Melo	–	Cadeira 24
Renato Rua de Almeida	–	Cadeira 38
Roberto José Amarante Davis	–	Cadeira 34
Roberto Mário Rodrigues Martins	–	Cadeira 51
Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho	–	Cadeira 58
Rosalvo Otacílio Torres	–	Cadeira 88
Rosita de Nazaré Sidrim Nassar	–	Cadeira 23
Sebastião Antunes Furtado	–	Cadeira 98
Sebastião Geraldo de Oliveira	–	Cadeira 10
Sebastião Machado Filho	–	Cadeira 62

Sérgio Ferraz	–	Cadeira 19
Sérgio Torres Teixeira	–	Cadeira 33
Tarso Fernando Herz Genro	–	Cadeira 14
Tereza Aparecida Asta Gemignani	–	Cadeira 70
Umberto Grillo	–	Cadeira 78
Valdir Florindo	–	Cadeira 93
Vantuil Abdala	–	Cadeira 96
Vicente José Malheiros da Fonseca	–	Cadeira 87
Vólia Bomfim Cassar	–	Cadeira 77
Wagner Drdla Giglio	–	Cadeira 43
Walmir Oliveira da Costa	–	Cadeira 75
Yone Frediani	–	Cadeira 54
Zoraide Amaral de Souza	–	Cadeira 80

---

# Apresentação

---

A **Academia Brasileira de Direito do Trabalho**, mantendo a tradição de produzir textos doutrinários de excepcional qualidade e de proporcionar à sociedade brasileira referências literárias de vanguarda no campo do direito e processo do trabalho, publica mais um número de sua clássica Revista.

Trazemos esse novo número num instante em que o Direito do Trabalho no Brasil vive singulares turbulência e insegurança, não apenas em virtude das crises política e econômica que assolam o país, mas, especialmente, em decorrência da ameaça de uma possível involução normativa do emprego, semente nuclear do juslaboralismo.

Seja em virtude da tramitação do Projeto de Lei n. 4.330/2004, cujas diretrizes autorizam a terceirização envolvendo serviços vinculados à atividade-fim da empresa tomadora dos serviços, seja por conta do incidente de repercussão geral suscitada no **ARE 713.211-MG** que ora tramita no Supremo Tribunal Federal, envolvendo a definição dos limites legais do objeto da terceirização de serviços, a estrutura tradicional da relação de emprego, com seus elementos configuradores e suas características inalienáveis vive o risco de mudanças fisionômicas capazes de ensejar possível e indesejado retrocesso social sem precedentes.

Diante desse cenário, os acadêmicos da mais importante e tradicional instituição das letras jurídico-trabalhistas brasileiras escreverem, na primeira parte da Revista, onze artigos sobre o tema Terceirização e aqui abordam desde a evolução história do instituto até os seus reflexos na estrutura sindical brasileira. São apreciadas também questões como a responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços e a delicada situação do ônus probatório de demonstrar sua eventual culpa *in elegendo* ou *in vigilando* na hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

Na segunda parte da Revista, o leitor encontrará outros seis artigos, igualmente elaborados pelos acadêmicos, sobre as recentes alterações na jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho, notadamente manifestações críticas que enfatizam a insegurança proporcionada pelas mudanças e detalhamento sobre situações específicas, tais como a garantia de emprego da gestante e a dispensa imotivada de empregados públicos.

Na terceira parte, a Revista traz uma coletânea de textos sobre assuntos contemporâneos variados, mas de grande importância como a exegese da Lei n. 13.015 de 2014 e o novo sistema recursal trabalhista, o grevismo abusivo, a legitimidade de centrais sindicais e o fundo de garantia de execução trabalhista.

Enfim, ao final, o texto do magnífico discurso do acadêmico João de Lima Teixeira Filho sobre a vida e obra do notável Délio Maranhão, ícone do Direito do Trabalho brasileiro. Letras que emocionam os amantes da doutrina trabalhista.

A Diretoria da Academia Brasileira de Direito do Trabalho apresenta, então, as melhores congratulações aos autores, à editora e a sociedade brasileira pela publicação desta obra rica em conteúdo e inovadora em visão crítica. Salvador/Recife, 07 de setembro de 2015.

Rodolfo Pamplona Filho  
*Presidente da Academia*  
*Titular da cadeira n. 58*

Luciano Martinez  
*Secretário Geral*  
*Titular da cadeira n. 52*

Sergio Torres Teixeira  
*Diretor de Publicações Científicas*  
*Titular da cadeira n. 33*



---

# I – TERCEIRIZAÇÃO

---



---

# Terceirização na Perspectiva do Direito do Trabalho Brasileiro

---

por **Carlos Henrique Bezerra Leite**<sup>(1)</sup>

## INTRODUÇÃO

O fenômeno da “terceirização” transformou-se em tema altamente controvertido e delicado não só para juristas como também para economistas, administradores, empresários, sindicalistas e trabalhadores.

Sendo a competitividade a palavra de ordem ditada pelo fenômeno da globalização econômica, diversas empresas passaram a ver a terceirização como única forma de reduzir custos, mormente encargos sociais, procurando, com tal prática, diminuir o quantitativo de empregados e contar com número cada vez maior de “colaboradores” autônomos e empresários.

Os sindicatos das categorias profissionais posicionam-se contrariamente ao processo de “terceirização”, ante a possibilidade de desfalecimento da categoria, enfraquecimento do poder de negociação, redução de salários e vantagens decorrentes de acordos e convenções coletivas, tudo isso desaguando na diminuição das fontes de receitas sindicais<sup>(2)</sup>.

Afinal, o que é terceirização? Qual o papel do direito do trabalho diante do fenômeno? Como evitar a fraude, sem, contudo, impedir o surgimento de novas relações jurídicas de trabalho? O que acontece no direito estrangeiro? Quais as consequências jurídicas da terceirização?

Buscar respostas para tais questões, sob o enfoque da ciência do direito, constitui o objetivo geral deste artigo.

## 1. CONCEITO E DENOMINAÇÃO

A palavra “terceirização”, que vem sendo utilizada em larga escala, principalmente no meio empresarial, constitui neologismo oriundo do vocábulo “terceiro”,

empregado no sentido de intermediário, interveniente, mediano.

Subcontratação, horizontalização, parceria, prestação de serviços por interposta pessoa, contratação de terceiros ou contratos triangulares são também expressões utilizadas na linguagem da administração empresarial como sinônimas de terceirização.

Alguns autores referem a terceirização como simples entrega a terceiros de atividades não essenciais da empresa.

Outros preferem o termo “terciarização”, sob o argumento de que o fenômeno da desconcentração empresarial só encontra terreno não no campo das atividades *primárias* (agricultura, pesca, caça etc.) ou *secundárias* (indústrias extrativas e de transformação, obras públicas, serviços de água, luz, gás etc.), mas, sim, no setor *terciário*, como nos serviços de distribuição, na administração pública e todas as atividades não relacionadas às duas atividades primárias ou secundárias.

Há os que sustentam que terceirização nada mais é do que a execução de certas partes da atividade empresarial por pessoas alheias aos quadros da empresa, geralmente por outras empresas.

Existem, ainda, os que entendem que terceirização é um processo de horizontalização da atividade econômica, pela qual grandes empresas transferem para outras uma parte de suas funções até então por elas diretamente exercidas, concentrando-se progressivamente em rol de atividade cada vez mais restrito.

É possível encontrar, finalmente, quem advogue ser a terceirização uma forma de transferir a responsabilidade da contratação de serviços até então assumidos pela contratante (no caso, a ex-empregadora) para outras empresas intermediadoras, que se interpõem à relação

---

(1) Titular da Cadeira 44 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Doutor e Mestre em Direito (PUC/SP). Professor de Direito Processual do Trabalho e Direitos Metaindividuais da Faculdade de Direito de Vitória-FDV. Desembargador do TRT/ES. Ex-Procureador Regional do Trabalho.

(2) As receitas sindicais compõem-se, basicamente, de contribuição sindical (impropriamente chamado de “imposto sindical”), contribuição confederativa, taxa (ou contribuição) assistencial e mensalidade sindical.

única que deveria existir entre o prestador do serviço (o empregado) e o beneficiário dessa prestação (o empregador). Segundo os adeptos desta corrente, terceirização seria uma forma de *marchandage*, isto é, uma fraude à aplicação das leis trabalhistas (CLT, art. 9º).

Terceirização, para nós, é um *procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos, aumentar a sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente pelos seus empregados.*<sup>(3)</sup>

A legalidade ou não desse procedimento depende do ordenamento jurídico de cada Estado, como veremos adiante.

## 2. A TERCEIRIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

No Japão, segundo José Ajuricaba da Costa e Silva, “a subcontratação e a terceirização são praticadas em larga escala. Os sindicatos japoneses não se opõem a isso, pois entendem que esse sistema maximiza resultados para a empresa (e consequentemente para os empregados) e, por isso, é bom. No setor siderúrgico, a proporção de trabalhadores subcontratados em relação ao total do setor é de 45%. Em algumas usinas mais modernas, esse número chega a 60%. No setor naval, igualmente, a subcontratação atinge cerca de 33% dos trabalhadores. O mesmo ocorre nos setores químico e da construção. Os trabalhadores subcontratados do setor siderúrgico têm seu próprio sindicato, embora, em vários setores, eles não estejam organizados. Há muitos trabalhadores que se aposentam nas grandes empresas e vão trabalhar como subcontratados nas mesmas”<sup>(4)</sup>. Prossegue o ministro, assinalando que naquele país, em 1985, foi sancionada a Lei do Trabalhador Subcontratado (*Worker Dispatching Law*), que reconhece o trabalhador subcontratado e a empresa de subcontratação. A mencionada lei, no dizer de Costa e Silva, “exclui algumas atividades, como o transporte portuário e a construção, da lista daquelas que podem ser exploradas por empresas fornecedoras de trabalhadores, estabelecendo sanções penais para as que desobedecerem tal proibição”<sup>(5)</sup>.

Na Itália, a intermediação de mão de obra (*marchandage*), segundo Ives Gandra da Silva Martins Filho, é combatida pela Lei n. 1.369/1960, que, em seu art. 3º, dispõe:

Os empresários arrendatários de obras ou serviços, inclusive os trabalhadores de porte, limpeza ou conservação normal das instalações, que tenham de ser executados no interior de sua propriedade sob organização e gestão do arrendador, serão solidários a este no pagamento dos trabalhadores de que deste dependem, de um salário mínimo não inferior ao que percebem os trabalhadores que dele dependam, bem como assegurará condições de trabalho não inferiores às que desfrutam estes trabalhadores<sup>(6)</sup>.

O referido autor afirma, também, que a Argentina, a exemplo do Brasil, coíbe a intermediação de mão de obra, admitindo-a apenas na locação temporária de trabalhadores, nos termos do art. 29 do Decreto n. 390/1976, que diz:

Os trabalhadores que sejam contratados por terceiros com vista a cedê-los a empresas serão considerados empregados diretos de quem se utiliza de sua prestação. Em tal caso, qualquer que seja o ato ou estipulação que acerte os terceiros contratantes e a empresa para a qual os trabalhadores prestem ou tenham prestado serviço responderão solidariamente por todas as obrigações emergentes da relação laboral e das que derivem do regime da previdência social. Excetuam-se dessa disposição os serviços eventuais que se prestem por empresas reconhecidas pela autoridade de aplicação segundo o que se prevê no art. 100<sup>(7)</sup>.

Valentim Carrion<sup>(8)</sup> acrescenta que a figura da *marchandage* é proibida em vários países como: França e México, e até punida criminalmente pelo *Estatuto de Los Trabajadores*, da Espanha.

Nos Estados Unidos a terceirização (*outsourcing*) é praticada por mais de 68% das empresas. Os principais setores terceirizados são os serviços de conservação e limpeza, vigilância, refeição, transportes, informática, contabilidade, assessoria jurídica e a área de Recursos Humanos, com foco em Treinamento e Desenvolvimento, Consultoria Organizacional, Recrutamento e seleção.<sup>(9)</sup>

(3) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 273.

(4) *Revista LTr*, v. 58, n. 02. p. 141, fev. 1994.

(5) *Idem*, p. 142.

(6) *Revista Síntese Trabalhista*, n. 54, p. 129, dez. 1993.

(7) *Idem*, p. 129.

(8) *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 290.

(9) Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/carreira/o-fenomeno-da-terceirizacao/43470/>>. Acesso em 28 set. 2014.

### 3. INSTRUMENTOS NORMATIVOS EXISTENTES NO BRASIL

Disposições legais acerca da prestação de serviços por interposta empresa são encontradas, em nosso País, tanto no direito do trabalho como no direito administrativo.

No âmbito da legislação trabalhista, encontramos os seguintes diplomas legais:

- *Lei n. 6.019, de 03.01.1974*, que institui o trabalho temporário nas empresas urbanas, definindo-o como “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º);
- *Lei n. 7.102, de 20.07.1983*, que disciplina os serviços especializados prestados por vigilantes nas empresas de segurança para estabelecimentos financeiros, empresas de vigilância e transportes de valores;
- *Lei n. 8.036, de 11.05.1990 (Lei do FGTS)*, que, no seu art. 15, considera como empregador a pessoa física ou jurídica que “figurar como fornecedor ou tomador de mão de obra, independente da responsabilidade solidária ou subsidiária a que eventualmente venha a obrigar-se” (§ 1º) e como trabalhador “toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador, ou tomador de mão de obra” (§ 2º).
- *Lei n. 8.949, de 09.12.1994*, que acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT, dispondo que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.
- *Lei n. 12.690/2012*, cujo art. 2º considera Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho. O art. 7º da referida lei dispõe que a Cooperativa de Trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir: I – retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; II – duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e

44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários; III – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; IV – repouso anual remunerado; V – retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; VI – adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; VII – seguro de acidente de trabalho.

*Prima facie*, parece-nos de duvidosa constitucionalidade a Lei n. 12.690/2012, por aparente ofensa aos princípios da dignidade humana, do valor social do trabalho, da relação de emprego protegida e da busca do pleno emprego, além de olvidar o princípio da vedação ao retrocesso social e estimular as fraudes na contratação de empregados por intermédio de cooperativas de trabalho, razão pela qual adotamos, no particular, os mesmos comentários que tecemos a respeito do parágrafo único do art. 442 da CLT, introduzido pela Lei n. 8.949, de 09.12.1994.

Na seara do direito administrativo encontramos:

- *Dec.-lei n. 200, de 25.02.1967*, que dispõe sobre a organização da administração federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa, prevê, no seu art. 10, que a “execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”, permitindo, mediante (execução indireta) contratos ou concessões, a prestação de serviços por empresas da iniciativa privada (§ 1º, c, e § 7º).
- *Lei n. 5.645/1970* (art. 3º, parágrafo único, posteriormente revogado pela Lei n. 9.527/1997), que tipificava os serviços e tarefas que poderiam ser prestados por empresas contratadas pela administração direta e autárquica (excluindo, pois, as sociedades de economia mista, as fundações e empresas públicas), nos seguintes termos: “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Dec.-lei n. 200...”.
- *Lei n. 8.666, de 21.06.1993*, que instituiu normas para licitações e contratos da administração pública, permite, mediante execução indireta, a realização de obras e a prestação de serviços por terceiros. Em seu art. 10 estabelece que “as obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas (redação dada pela Lei n. 8.883, de 08.06.1994): I – execução direta; II – execução indireta, nos seguintes regimes: a) empreitada por

preço global; b) empreitada por preço unitário; c) (VETADO); d) *tarefa*; e) *empreitada integral*". O art. 13 admite, ainda, a prestação de serviços técnicos profissionais especializados, prevendo que a "empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes do seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação *ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato*" (§ 3º). Já o art. 71 estatui, de forma imperativa, que "o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato", sendo que seu § 1º (com nova redação dada pela Lei n. 9.032, de 28.04.1995) disciplina que "*a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo 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*". O § 2º do artigo em causa (também acrescido pela Lei 9.032/95) preceitua que a "*Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24.07.1991*". (sem ênfase no original)

#### 4. POSIÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Até 1986, o TST, à exceção do trabalho temporário e de serviço de vigilância, considerava ilegal a terceirização – intitulada de "contrato de prestação de serviços". Nesse sentido, lembramos os textos originais das Súmulas ns. 239, 256 (cancelada) e 257.

A orientação jurisprudencial da mais alta corte trabalhista era, portanto, no sentido do reconhecimento do vínculo empregatício direto entre o tomador e o trabalhador da empresa por aquele contratada.

A partir de 1993, o TST, por provocação do Ministério Público do Trabalho, que, com base no art. 37, II, da CF, solicitou a revisão da Súmula n. 256, passou a ampliar (de forma parcialmente diversa da solicitada pelo *Parquet* laboral) as hipóteses de terceirização.

Assim, o TST cancelou a Súmula n. 256 e editou a Súmula n. 331, cuja redação sofreu inúmeras alterações, estando atualmente com o seguinte teor:

*Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação – Res.*

174/11, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011). I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (CF/1988, art. 37, II). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Ante o entendimento sumulado do TST, alguns autores, com a visão voltada exclusivamente para o direito empresarial, admitem a terceirização de forma ampla e irrestrita, inclusive na atividade-fim da empresa.

Outros repudiam tal posição, e até criticam com veemência o novo verbete jurisprudencial, sob o argumento de que terceirizar para reduzir custos de mão de obra só interessa se a mão de obra terceirizada for mais mal remunerada que a da categoria profissional majoritária dos empregados da empresa. Para esta corrente, é exatamente neste ponto que reside a hipocrisia do argumento dos terceirizantes neoliberais. Vale dizer, se os custos da mão de obra terceirizada forem superiores, a eles não interessa.

Há os que advogam que somente na atividade-meio da empresa é que a terceirização pode ocorrer de forma indiscriminada.

É possível encontrar, ainda, os que sustentam que a terceirização só pode ser considerada legal quando uma empresa contrata outra para a realização de serviços especializados, temporários e de vigilância, sendo que em qualquer um desses casos é necessário que não haja a subordinação e a pessoalidade, ou seja, que

não exista relação direta entre prestador e tomador do serviço e a contratação seja do serviço e não de determinado profissional.

Para nós, a direção adotada pela Súmula n. 331 do TST, *data venia* do que vem sendo proclamado por parcela da doutrina, aponta no sentido de que a terceirização, em princípio, continua sendo ilegal no nosso país (Súmula n. 331, item I, do TST, e arts. 2º, 3º, 9º, e 442 da CLT).

As exceções previstas expressamente no referido verbete, por serem *numerus clausus*, são restritivas e devem ser interpretadas em sintonia com a nova ordem constitucional que, como se sabe, tem por princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, estabelecendo como direitos sociais o primado do trabalho, a busca do pleno emprego e a função social da propriedade, além de conferir aos trabalhadores o direito à proteção do emprego, bem como outros direitos que visem à melhoria de sua condição social (CF, arts. 1º, III e IV; 7º, I; 170, III e VIII; e 193).

Por tais razões, recomenda-se a máxima cautela quando se está diante da prática empresarial de dispensar empregados e contratar pessoa (física ou jurídica) interposta que irá, com pessoal próprio, prestar os mesmos serviços que normalmente seriam ou poderiam ser realizados pelos primeiros.

## 5. EFEITOS JURÍDICOS

A diferença basilar entre “terceirização lícita” e “terceirização ilícita” repousa na distinção que se faz entre prestação de serviços e locação permanente de mão de obra. Se, na prestação de serviço, o componente primordial é a mão de obra e não o equipamento (como no caso de mero fornecimento de digitadores), e essa mão de obra é utilizada quase que exclusivamente pela mesma empresa tomadora de serviço, por vários anos, o que se verifica não é uma verdadeira prestação de serviço, mas o fornecimento de mão de obra mais barata. Esta posição é defendida por Ives Gandra da Silva Martins Filho<sup>(10)</sup>.

Para Arion Sayão Romita:

são lícitas as modalidades de contrato das quais não derivam prejuízos para o trabalhador nem fraude à legislação previdenciária. A mera exteriorização de serviços refletida em subcontratação de serviços e em interposição de empresas não pode ser acoima-

da de ilegal (...). Os serviços devem situar-se fora do âmbito das atividades essenciais e normais que constituem o objeto do comércio ou da indústria a que se dedica a empresa contratante<sup>(11)</sup>.

Lícito ou não, o processo de terceirização produz efeitos jurídicos específicos.

De tal arte, comprovada a hipótese de terceirização ilícita, desfaz-se, judicialmente, o vínculo entre o trabalhador e o *empregador aparente*, reconhecendo-se, para todos os efeitos, a relação de emprego do obreiro com o *empregador dissimulado*, efetivo tomador dos serviços.

Constatada a licitude da *terceirização*, ainda assim o tomador será *subsidiariamente responsável* pelas obrigações trabalhistas dos empregados da empresa interposta. É o que se depreende do inciso IV da Súmula n. 331.

Importa referir que na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília-DF (novembro, 2007), foi aprovado o Enunciado n. 10, que propõe a responsabilização solidária em qualquer hipótese de terceirização, *in verbis*:

TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

O Enunciado n. 44 aprovado na referida Jornada trata da responsabilidade solidária nos casos de acidente de trabalho entre as empresas tomadora e prestadora dos serviços terceirizados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos artigos 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria n. 3.214/1977 do Ministério do Trabalho e Emprego).

Outro efeito da terceirização – lícita ou ilícita – é o previsto na OJ 383 da SBDI-1/TST:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N. 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

(10) MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual de direito e processo do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119.

(11) *Op. cit.*, p. 51.

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 n. 6.019, de 03.01.1974.

No mesmo sentido é o item II do Enunciado 16 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília-DF (novembro, 2007):

(...) TERCEIRIZAÇÃO. SALÁRIO EQUITATIVO. PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.

Outra questão importante sobre os efeitos da terceirização reside na inviabilidade jurídica de ação autônoma apenas em face do tomador de serviço visando exclusivamente reconhecer a sua responsabilidade subsidiária. Nesse sentido:

*Embargos em recurso de revista. Acórdão publicado na vigência da Lei n. 11.496/2007. Responsabilidade subsidiária. Ajuizamento de ação autônoma apenas contra o tomador de serviços. Impossibilidade. Evolução da jurisprudência desta e. Subseção. Cinge-se a controvérsia a se saber se é ou não possível que o Reclamante, após o ajuizamento de uma primeira ação contra seu empregador, já transitada em julgado, proponha novo feito apenas contra o tomador de serviços, pretendendo sua responsabilidade subsidiária. Embora a jurisprudência desta e. Subseção tenha, em um primeiro momento, admitido essa possibilidade (TST-E-A-ED-RR-536400-73.2005.5.09.0011 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJU de 29.06.2007), evoluiu para o sentido inverso, estando hoje inclinada no mesmo sentido do v. acórdão ora embargado, a saber, de que tal procedimento afrontaria a coisa julgada produzida na primeira ação, e atentaria contra o direito do tomador de serviços à ampla defesa e ao contraditório. Precedentes. Ressalva de entendimento do Relator. Recurso de embargos não provido. (TST-E-ED-RR 597600-81.2005.5.09.0011 – j. em 25.11.2010 – Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires – SBDI-1 – DEJT 10.12.2010)*

## 6. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Se o tomador do serviço for a administração pública direta ou indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), ainda que ilícita a terceirização perpetrada pelo ente público, há óbice intransponível ao reconhecimento de vínculo empregatício, em virtude do preceito insculpido no art.

37, inciso II, § 2º, da CF. Tal exigência constitucional levou o TST, provocado pelo Ministério Público do Trabalho, a editar o item II da Súmula n. 331.

Vale dizer, a aprovação prévia em concurso público constitui condição *sine qua non* para investidura em cargo ou emprego público, “ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

A tese da responsabilidade objetiva empresarial, embora engenhosa, carece de duas observações se o contratante dos serviços terceirizados for a administração pública.

A primeira reside no fato de que, em se tratando de empresa contratada pela administração sob a égide da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, mesmo na hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte desta, há veto legal expresso quanto à responsabilização – solidária ou subsidiária – do ente estatal, a teor do art. 71, § 1º, do referido diploma.

Nessa ordem, para que o Judiciário Trabalhista possa responsabilizar (subsidiariamente) a administração pelos encargos trabalhistas não adimplidos pela “contratada” deverá, sob pena de negar vigência à literalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do sobredito dispositivo legal. E o fundamento para tal declaração reside no inexplicável tratamento não isonômico (CF, art. 5º, *caput*) conferido, no campo do direito obrigacional, em favor dos entes integrantes da administração direta e indireta em detrimento das demais pessoas (físicas ou jurídicas) do setor privado que eventualmente utilizem o processo da terceirização.

Ocorre que o STF (RE 603.397 RG/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 04.02.2010, DJe-067, div. 15.04.2010, publ. 16.04.2010) reconheceu a existência de repercussão geral para examinar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993.

Em 24.11.2010, por votação majoritária, o Plenário do STF declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666, de 1993, a chamada lei de licitações. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face da Súmula n. 331 do TST, que, contrariando o disposto no § 1º do mencionado art. 71, responsabiliza subsidiariamente tanto a administração direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

É importante notar que, em vista do entendimento fixado na ADC 16, o Plenário do STF deu provimento a uma série de Reclamações (RCLs) constitucionais ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do TST e de

Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na Súmula n. 331/TST. Entre elas estão as RCLs 7517 e 8150.

Outro ponto relevante da decisão do STF é que, doravante, tendo em vista o reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, houve consenso entre os ministros do Pretório Excelso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante<sup>(12)</sup>.

É relevante anotar que o Enunciado n. 11 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (Brasília, 2007) propõe, *in verbis*:

TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.

Tal Enunciado, porém, é apenas uma fonte doutrinária e pode contribuir para a interpretação das normas que dispõem sobre terceirização no âmbito da administração pública.

No âmbito do TST (fonte jurisprudencial), no entanto, vem prevalecendo o seguinte entendimento:

*Recurso de embargos interposto na vigência da Lei n. 11.496/2007. 1) Terceirização. Estado do Espírito Santo. Fornecimento de alimentação aos pacientes internados em hospitais. Responsabilidade subsidiária.* O fornecimento de refeições constitui-se atividade própria do tomador de serviço, uma vez que ao Estado é dado propiciar o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos que se encontram internados em hospitais da rede pública, o que inclui, por evidente, a alimentação. Uma vez contratada determinada empresa para o cumprimento de tal mister, essa empresa constitui-se mera *longa manus* do Estado. Infundado, sob tal perspectiva, o argumento segundo o qual o fornecimento de alimentos, em hipóteses tais, insere-se na atividade-meio do Estado. De qualquer sorte, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, nos

exatos termos da Súmula n. 331, IV, deste Tribunal Superior. O ente público é o beneficiário do trabalho executado pelos empregados da prestadora de serviços. E, nessa condição, a ele é dado responder pelos riscos, assumindo, por tal razão, os créditos trabalhistas não adimplidos, ainda que de forma subsidiária. Tal responsabilidade, se não objetiva, decorre, ao menos, da culpa *in vigilando* dos entes públicos, em ordem a valorizar o trabalho e assegurar a dignidade do trabalhador contra formas precárias de trabalho, que vêm ocorrendo com o fenômeno desenfreado da terceirização. 2) *Fazenda pública. Limitação dos juros de mora. Responsabilidade subsidiária. Não aplicação. Orientação jurisprudencial 382 da SBDI-1.* – A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 10.09.1997. – Hipótese em que a decisão embargada encontra-se em consonância com a Orientação Jurisprudencial 382 da SBDI-1. Recurso de Embargos integralmente não conhecido. (TST-E-RR 49200-21.2007.5.17.0005 – j. em 16.12.2010 – Rel. Min. Maria de Assis Calsing – SBDI-1 DEJT 04.02.2011)

*Recurso de embargos regido pela Lei n. 11.496/2007. Infraero. Responsabilidade subsidiária. TST, Súmula n. 331, IV.* Este Tribunal, apreciando a matéria relativa aos efeitos da terceirização de serviços, deu nova redação ao item IV da Súmula n. 331, por meio da Resolução n. 96/2000, em 19.09.2000, *in verbis*: “IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (Lei n. 8.666/1993, art. 71)!”. Consoante enfatizou o acórdão turmário, a evidência de culpa *in vigilando* autoriza a atribuição de responsabilidade ao ente público, a qual não derivaria *ipso facto* da mera inadimplência da empregadora, titular da empresa interposta, pois, se assim fora, haveria a inobservância do que preceitua o art. 71 da Lei n. 8.666/1993. Considerando que a decisão embargada encontra-se em consonância com esse verbe sumular, o recurso de embargos é incabível, na forma do inciso II do art. 894 da CLT. Recurso de embargos não conhecido. (TST-E-RR 598800-24.2004.5.11.0005 – j. em 09.12.2010 – Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho – SBDI-1 – DEJT 17.12.2010)

Em resumo, ao substituir a tradicional solidariedade passiva entre o tomador e o intermediário da locação

(12) O ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário, lembrando que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária. Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Logo, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.

ilegal de serviços, afigura-se-nos que a Súmula n. 331, item IV, do TST, pretendeu, inequivocamente, amenizar a posição jurídica do tomador que, subsidiariamente, só responde pela dívida quando esgotado o patrimônio ou a solvabilidade do “terceiro-intermediário”. Mas advirta-se, responde tanto o tomador privado quanto o ente público. As razões que determinam tal responsabilidade, de ordem social e jurídica, não autorizam haja semelhante diferenciação de tratamento. A culpa *in vigilando*, que se encontra na base de tal responsabilidade, não é menor nem diferente quando se trata de contratante público.

Lúcida e oportuna a advertência de José Martins Catharino:

O Estado, em evolução democrática, está integrado e sujeito à ordem jurídica, autônoma e heterônoma: *the State is subject of the Law*. Se legisla para proteger os trabalhadores, obediente ao princípio da igualdade jurídica, tratando sujeitos desigualmente na medida em que se desiguam, ele próprio, para preservar normalmente sua autoridade, deve autolimitar seu poder de império, sujeitando-se à ordem jurídica, da qual é o principal agente. Não deve conceder privilégios a si próprio, fazendo e agindo em sentido contrário ou diverso do exigido pela “ordem pública”, ou pelo “interesse público”, atendidos, uma e outro, pela legislação imperativa ou cogente do trabalho, destinada a proteger o trabalhador, por definição, pessoa humana economicamente fraca. O Estado não agir como exige que os particulares ajam é imoral e juridicamente subversivo<sup>(13)</sup>.

Outra observação importante concerne à impossibilidade de a Administração, posto que figure como real tomadora dos serviços, ser condenada, ainda que subsidiariamente, nas obrigações de fazer (por exemplo: anotação a CTPS e reintegração), já que esta obrigação é exclusiva do empregador formal. Nesse concerto, a Administração seria condenada apenas na obrigação

de pagar as parcelas constantes do título executivo judicial, e, ainda assim, ao depois de executados (ou não encontrados) os bens do devedor principal.

## CONCLUSÃO

Em arremate, apresentamos sinteticamente as nossas principais conclusões acerca da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro.

Se a terceirização for **ilícita**, o vínculo operar-se-á diretamente entre prestador e tomador do serviço, exceto se este for a Administração Pública (CF, art. 37, II).

A **responsabilidade subsidiária** do tomador dar-se-á quando: a) a intermediação for considerada **lícita**; e b) o empregador formal deixar de cumprir as obrigações trabalhistas emergentes do contrato “terceirizado”.

Se o contrato “terceirizado” for celebrado sob o regime da Lei n. 8.666/1993, a Administração Pública não poderá ser responsabilizada – solidária ou subsidiariamente – pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, fiscais, previdenciárias ou comerciais da empresa interposta (art. 71, § 1º), salvo se o Judiciário declarar a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração Pública.

Em caso de **acidente de trabalho** envolvendo empregados terceirizados, o tomador e o prestador **respondem solidariamente** pelos danos causados à saúde dos trabalhadores (CC, arts. 932, III, 933 e 942, parágrafo único e NR-4 DA Portaria n. 3.214/1977 do Ministério do Trabalho e Emprego).

A terceirização, por implicar deterioração dos direitos fundamentais sociais trabalhistas, tanto no plano individual quanto coletivo, deve ser interpretada restritivamente e aplicada em situações específicas. Do contrário, estaremos colocando em xeque os valores mais importantes para a realização da democracia social e dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana do(a) cidadão(ã) trabalhador(a) e os postulados que a fundamentam, como a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

(13) *Coletânea de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1975. p. 91.