

ANGELICA JACOB D'AMICO

**ASPECTOS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA
BRASILEIRA**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Ari Possidônio Beltran

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

ANGELICA JACOB D'AMICO

**ASPECTOS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA
BRASILEIRA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Professor Associado Dr. Ari Possidônio Beltran.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2017**

Autorizo a reprodução e divulgação total e parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

D'Amico, Angelica Jacob
Aspectos gerais da terceirização trabalhista brasileira / Angelica Jacob
D'Amico. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2017.
129f. + 135f. anexos.

Orientador: Professor Associado Dr. Ari Possidônio Beltran
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito do Trabalho e da Seguridade Social, 2017.

1. Direito do trabalho. 2. Flexibilização. 3. Terceirização. 4. Súmula 331 do TST. 5. Segurança jurídica. 6. Regulamentação. I. Beltran, Ari Possidônio. II. Título.

CDU

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Associado Dr. Ari Possidônio Beltran
Universidade de São Paulo

Ou nós encontramos um caminho, ou abrimos um.

Aníbal

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS pela força que me foi concedida para atravessar o período turbulento vivido enquanto redigia a dissertação.

Ao Professor Ari Possidônio Beltran pela oportunidade e pela confiança.

Ao meu irmão Rafael Jacob D'Amico, que me incentivou e nunca me deixou desistir.

À minha família pelo amor, apoio e motivação incondicional.

A Arthur Vinícius Gersioni pela compreensão pelas noites e finais de semana sem minha presença e pela paciência, pela motivação e pelo carinho durante o período da redação deste trabalho.

À Maria Emília Ferreira da Silva Barbosa, à Pamela Ferrari e a Eduardo Ferreira Gomes pelo auxílio e pelas revisões.

A Rodrigo Luiz Henrique Simões pelo suporte e pelo exemplo de dedicação.

A todos os colegas e professores do mestrado pelo convívio e pelo aprendizado.

Aos meus pais Denise e Gilson

D'AMICO, Angelica Jacob. *Aspectos gerais da terceirização trabalhista brasileira*. 2017. 129f. + 135f. anexos. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RESUMO

A terceirização é um instituto largamente utilizado no Brasil tanto por empresas privadas, como pela própria Administração Pública, motivo pelo qual o Tribunal Superior do Trabalho, para suprir a carência legislativa sobre o tema, construiu seu entendimento por meio da jurisprudência, solidificada na súmula 331, que, no entanto, é muito criticada por não possuir conceitos claros, por limitar o princípio da livre iniciativa, bem como por não estender direitos sociais aos empregados terceirizados. A presente dissertação tem como objetivo analisar os principais aspectos da terceirização no Brasil e a necessidade de uma regulamentação clara e precisa, a fim de se atingir a segurança jurídica.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho; Flexibilização; Terceirização; Súmula 331 do TST; Segurança Jurídica; Regulamentação.

D'AMICO, Angelica Jacob. *General aspects of the brazilian labor outsourcing*. 2017. 129p. + 135p. att. Master Dissertation – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

ABSTRACT

Outsourcing is a widely used institute in Brazil, both by private companies and by the Public Administration itself, which is why the Superior Labor Court, to fill the legislative gap on the subject, built its understanding through the jurisprudence, solidified in the precedent 331, which; however, is heavily criticized for not having clear concepts, for limiting the principle of free initiative, and for not extending social rights to outsourced employees. This dissertation aims to analyze the main aspects of outsourcing in Brazil and the need for clear and precise regulation in order to achieve legal certainty.

Keywords: Labor Law; Flexibilization; Outsourcing; Precedent 331 of TST; Legal Security; Regulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Acórdão
AG – Agravo de Instrumento
ART – Artigo
CC – Código Civil
CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CPC – Código de Processo Civil
CF – Constituição Federal
CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social
FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FMI – Fundo Monetário Internacional
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
MPT – Ministério Público do Trabalho
MTE – Ministério do Trabalho e Emprego
NIT – Norma Internacional do Trabalho
OIT – Organização Internacional do Trabalho
OMC- Organização Mundial do Comércio
ONU – Organização das Nações Unidas
PL – Projeto de Lei
PROC – Processo
RE – Recurso Extraordinário
REL – Relator
STF – Supremo Tribunal Federal
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO NO MUNDO	14
1. A evolução do capitalismo contemporâneo	14
1.1. Estado Liberal	15
1.2. O Estado de Bem-Estar Social	17
1.3. O Estado Neoliberal	20
2. Os modelos de produção	21
2.1. Taylorismo	22
2.2. Fordismo	23
2.3. Toyotismo	24
CAPÍTULO II. TERCEIRIZAÇÃO	27
1. A flexibilização das normas trabalhistas	27
1.1. Conceito	28
1.2. Caracterização da relação	31
2. Terceirização. Diferentes pontos de vista	32
CAPÍTULO III. DIREITO ESTRANGEIRO	37
1. A terceirização nos países estrangeiros	37
1.1. Alemanha	37
1.2. Espanha	38
1.3. França	39
1.4. Portugal	39
1.5. Argentina	39
1.6. Uruguai	41
1.7. México	42
1.8. Japão	43
2. A terceirização e as normas da organização internacional do trabalho (OIT)	44
CAPÍTULO IV. A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	47
1. Evoluções normativa e jurisprudencial	47
2. A dicotomia entre a atividade-meio e a atividade-fim	56
3. Atividade inerente	60
4. Especialização	65
5. Terceirização na administração pública	69

CAPÍTULO V. EFEITOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO	73
1. Isonomia salarial.....	73
2. Responsabilidade do tomador dos serviços.....	77
2.1. Teoria da subordinação estrutural.....	84
3. Enquadramento sindical.....	87
4. Igualdade de condições - saúde, medicina e segurança do trabalho.....	91
CAPÍTULO VI. LIMITES CONSTITUCIONAIS	93
1. Princípio da livre iniciativa.....	93
2. Proibição de distinção entre trabalhos manual, técnico e intelectual entre as profissões.....	96
CAPÍTULO VII. A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO	99
1. Segurança jurídica.....	99
1.1. Princípio da segurança jurídica.....	99
1.2. Regulamentação da terceirização como forma de efetivação da segurança jurídica.....	102
2. Projetos de Lei em andamento.....	104
2.1. Projeto de Lei n ° 4.330/2004.....	105
2.2. Projeto de Lei n ° 4.302/1998.....	108
3. Análise dos Projetos de Lei n ° 4.330/2014 e n ° 4.302/1998.....	111
CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS	121
ANEXOS	129
Anexo 1 – Recomendação 198 da OIT	
Anexo 2 – Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 713.211	
Anexo 3 – Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 791.932	
Anexo 4 – Ação Declaratória de Constitucionalidade n ° 16	
Anexo 5 – Projeto de Lei n ° 6.787/ 2016	
Anexo 6 – Projeto de Lei n ° 4.330/ 2004	
Anexo 7 – Projeto de Lei n ° 4.302/1998	
Anexo 8 – Quadro comparativo dos projetos de lei	

INTRODUÇÃO

A terceirização é um instituto largamente utilizado no Brasil tanto por empresas privadas como pela própria Administração Pública sob o argumento de adaptação às demandas do mercado globalizado.

Apesar de extremamente hostilizada, a terceirização é hoje um fato consumado e inafastável das práticas comerciais e industriais. Trata-se de ferramenta utilizada por todas as formas de cadeia produtiva e foi concebida como método de administração empresarial cujo objetivo principal é a descentralização dos serviços, a melhoria da eficiência e a diminuição dos custos.

A terceirização não possui qualquer regulamentação em nosso ordenamento jurídico, haja vista ser matéria recente no direito do trabalho, cujo impacto se deu a partir da década de 80. Sua evolução se deu, principalmente, por meio da intervenção do poder judiciário, que se viu obrigado a criar *standards* de procedimento para acalmar os anseios sociais em decorrência desse processo irreversível.

A primeira lei a tratar sobre a questão da terceirização, de alguma forma, foi a Lei nº. 6.019/1974, que dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, a qual se referia sempre à contratação de serviços pelo setor estatal.

Posteriormente, outras leis vieram e impulsionaram a regulamentação do setor privado, como a Lei nº. 7.102/1983, que trata da terceirização permanente da segurança para estabelecimentos financeiros, e da exploração particular de serviços de vigilância e de transporte de valores; e a Lei nº. 8.863/1994, que alterou a lei anterior e aumentou o alcance da norma, permitindo a terceirização para todo o tipo de vigilância patrimonial de qualquer instituição ou estabelecimento público ou privado.

Já na esfera judicial, a evolução da terceirização se deu por meio da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho que reconhece a terceirização, mas divide as atividades em lícitas ou ilícitas, em atividades-meio e atividades-fim.

Com efeito, exceto nos casos em que a terceirização na atividade-fim é permitida, como o trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), os serviços de segurança, de vigilância e de transporte de valores (Lei nº 7.102/1983), subempreitada (art. 455 da CLT) e dos serviços de telecomunicação (Lei nº 9.472/97), a licitude da terceirização fica limitada à atividade-

meio, tida como aquela que se refere ao apoio ou suporte para o desenvolvimento da atividade principal.

Essa limitação tem gerado posicionamentos contrários à Súmula pela falta de definição clara e legal de quais as atividades comportam a terceirização ante a fragilidade e a subjetividade do conceito que confunde os agentes e operadores do direito.

Tanto é que a definição de parâmetros para a identificação do que representa a atividade-fim, do ponto de vista da possibilidade de terceirização, é tema discutido nos Agravos em Recurso Extraordinário, ARE 713211/STF, que trata da terceirização de atividade-fim e a possível limitação da livre iniciativa, e ARE 791.932/ STF sobre a terceirização e de serviços inerentes previstos na Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, bem como na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 – ADPF –, no STF, que visa a inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST.

Não bastasse essa discussão, a regulação da terceirização pela Súmula 331 do TST ainda levanta outros pontos de debate, como a terceirização na Administração Pública, que vem sendo amplamente realizada de maneira irregular, por meio de contratos de prestação de serviços sem o devido processo licitatório e a aplicação da responsabilidade subsidiária do tomador do serviço em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte do contratado.

A terceirização suscita questionamentos e discussões acaloradas tanto no âmbito acadêmico, como nos Tribunais, especialmente pelo fato de que no universo jurídico não existe regra que proíba ou norma que regulamente a terceirização; o conceito de atividade-fim não é claro e não há a disposição de responsabilidade subsidiária no Código Civil.

Esses conflitos de entendimentos deixam claro a necessidade de uma urgente intervenção legislativa que regularize a prática da terceirização de maneira ampla e específica, de modo a garantir a segurança jurídica, hoje inexistente.

Nesse sentido, com o intuito de regulamentar a terceirização, foram propostos os Projetos de Lei nº 4.302/1998 e 4.330/2004, que têm atraído a atenção de empregados, empregadores, entidades sindicais e governo, pois prevêm a contratação de serviços terceirizados para qualquer atividade empresarial, sem estabelecer limites ao tipo de serviço que pode ser alvo de terceirização, evoluindo para o conceito de especialização.

Porém, assim como a Súmula 331 do TST, os Projetos de Lei nº 4.302/1998 e 4.330/2004 também têm gerado discussões acaloradas. Os críticos às propostas apontam que os direitos dos trabalhadores podem ser feridos com a aprovação de qualquer um dos projetos, representando ainda mais precarização das condições de trabalho. Em contrapartida, os empresários argumentam que a regulamentação garante a segurança jurídica.

Ocorre que no atual contexto social e econômico, com a reorganização do trabalho pela evolução dos modos de produção, a regulamentação da terceirização é necessária para enfrentar a realidade do já instaurado fenômeno da terceirização.

Assim, a presente dissertação tem por objetivo abordar os principais aspectos do processo de terceirização no território brasileiro na busca por uma regulamentação clara e precisa, a fim de se conceder a segurança jurídica necessária para a sociedade como um todo, pois qualquer evento do mundo fenomênico ou normativo, que de alguma forma promova a alteração do cenário das relações humanas no seu ambiente de trabalho, deve ser estudado de tal forma que seja possível a constatação da sua origem e a avaliação da sua importância para o desenvolvimento das relações de trabalho.

CAPÍTULO I. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO NO MUNDO

Para uma análise histórica do instituto da terceirização é preciso expor um breve apanhado do caminhar do sistema capitalista no que diz respeito às formas de produção utilizadas na relação entre capital e trabalho. Faz-se necessário, portanto, remontar à primeira metade do século XX, época em que o taylorismo e o fordismo eram os modelos de produção utilizados pelo sistema capitalista, chegando-se, posteriormente, à superação desses modelos pelo toyotismo.

1. A evolução do capitalismo contemporâneo

O início do capitalismo ocorreu no século XIII a partir da desestruturação do sistema feudal pela modificação do setor produtivo e das relações de trabalho.

Nessa fase se deu o renascimento comercial, o crescimento e o aumento do número de cidades que favoreceram o desenvolvimento de relações mercantis e propiciaram a diversificação e a mobilidade social até então praticamente inexistentes, o que caracterizou a transição do feudalismo para o capitalismo.

As trocas comerciais entre diversas regiões estimularam as transformações nas relações laborais, especialmente após o surgimento do trabalho assalariado e de uma incipiente divisão técnica das atividades.

A partir do século XV, as relações mercantis ampliaram-se geograficamente com as Grandes Navegações e com a inserção de novas terras no sistema capitalista de produção. O ciclo de reprodução do capital baseava-se, principalmente, na circulação e na distribuição de mercadorias realizadas entre as metrópoles e as colônias. Era a fase do capitalismo mercantil.

No entanto, o sistema capitalista só se consolidou definitivamente no século XVIII com a substituição da manufatura pelas máquinas a vapor, iniciadas nas indústrias têxteis da Inglaterra.

A mecanização imprimiu um novo ritmo à produção de mercadorias e o trabalhador que antes produzia sua mercadoria individualmente e de modo artesanal, agora trabalhava para as linhas de produção, em atividades fragmentadas, onde se juntava a centenas de outros operários que se tornaram assalariados.

Inicia-se a fase do capitalismo financeiro.

1.1. Estado Liberal

A Revolução Francesa foi um dos episódios mais relevantes dos movimentos políticos e ideológicos desde o século XVI e, nesse contexto, surgiu o capitalismo e sua influência e mudança no estilo de produção.

Com a expansão da burguesia capitalista, inicia-se o processo chamado de “Revolução Industrial”, no início do século XVII até meados do século XIX.

É nessa fase que surge o elemento nuclear da relação de trabalho, o trabalho passou a ser livre, mas juridicamente subordinado. Livre pois não havia intervenção na vida pessoal do trabalhador, mas subordinado por implicar ingerência do empregador nos procedimentos profissionais.

Maurício Godinho Delgado explica que:

O elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgia, entretanto, nos séculos após a crescente destruição das relações servis. De fato, apenas já no período da *Revolução Industrial* é que esse trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos¹.

Após as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, a crise econômica e a queda do Estado Absolutista, houve a ascensão do Estado Liberal, em que o capitalismo firmou-se como o novo modelo de economia.

Nesse período, a sociedade sofreu mudanças consideráveis passando por uma fase de desequilíbrio com a chegada dos trabalhadores que migraram do campo para as cidades industriais em busca de melhores condições de vida, o que provocou grandes disparidades sociais: os burgueses abastados e o proletariado explorado pelas fábricas e grandes indústrias.

O Estado Liberal caracterizava-se pelo não intervencionismo estatal tanto na economia, como nas relações sociais. O período foi marcado por seus grandes pensadores, entre eles Adam Smith, que criticava qualquer intervenção do Estado, acreditando na auto-

¹DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 87.

regulamentação do mercado e no trabalho como a fonte de riqueza que norteava toda a sociedade. Ao Estado cabia apenas a manutenção da ordem pública.

Nessa fase não haviam normas que regulamentassem as relações de trabalho. Vigorava a *laissez-faire* do Código de Napoleão, e a livre concorrência ditava as regras da sociedade.

As relações eram regidas pelo Direito Civil sob a ótica individual dos sujeitos da relação de trabalho. O princípio da autonomia vigorava diante dos contratos bilaterais, entre partes supostamente equânimes.

O contrato de trabalho era por adesão, pois as cláusulas eram estabelecidas pelo empregador a fim de manter a influência no proletariado. A liberdade do empregado consistia na opção de aderir ou não ao contrato proposto.

O trabalhador oferecia sua mão de obra livre e se submetia às cláusulas contratuais propostas pelo empregador.

A burguesia mantinha o trabalhador submisso, dominado pelo capital, dando origem a classes antagônicas, a burguesia e a proletária. Essa dominação do trabalho pelo capital foi denominada por Marx como “mais-valia”, pois o trabalho era a mercadoria ofertada à burguesia.

Sobre o cerne da produção capitalista, Marx argumenta:

O produto do processo de produção capitalista não é nem mero produto (valor de uso), nem uma mera mercadoria, quer dizer um produto que tem valor de troca; o seu produto específico é a mais-valia. O seu produto são mercadorias que possuem mais valor de troca, quer dizer, que representam mais trabalho do que o que foi adiantado para a sua produção, sob a forma de dinheiro ou mercadorias. No processo capitalista de produção, o processo de trabalho só se apresenta como meio, o processo de valorização ou a produção de mais-valia como fim².

Para Marx, o modo de produção capitalista ao se desenvolver transformou o trabalho concreto em abstrato, o valor de uso em valor de troca, separando da mercadoria (produção) a força de trabalho (trabalhador/operário) empenhada em produzi-la.

²MARX, Karl. *Capítulo VI inédito de O capital: resultados do processo de produção imediata*. São Paulo: Moraes, 1995. p. 68.

O trabalhador não mais recebia por aquilo que produzia, mas pela energia despendida pela produção, gerando, assim, sua alienação dos meios de produção.

Marx apontou o trabalho como fato gerador do lucro do capitalista que se apoderava da força de trabalho da parte mais fraca, o trabalhador.

As condições do trabalho assalariado da época e a exclusão dos trabalhadores propiciaram o surgimento do “socialismo” que teve a publicação do Manifesto Comunista de 1848, de Marx e Engels, como um marco importante ao conclamar os trabalhadores a se unirem por melhores condições de trabalho.

Ainda em 1848, sob os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, a Declaração Francesa ampliou o rol de direitos fundamentais aos trabalhadores.

O Papa Leão XVI, em sua Encíclica Papal *Rerum Novarum* de 1891, condenou a livre concorrência e a posição condescendente do Estado e exigiu sua ação interveniente de modo a harmonizar as relações entre o capital e o trabalho.

As más condições de trabalho e as discrepâncias salariais levaram a massa trabalhadora a lutar por melhorias laborais. Surgiu assim, um sentimento de solidariedade e identidade de classes na luta contra o capital por melhores condições de trabalho. Surgiram os sindicatos como associações organizadas.

Deu-se, então, início ao novo modelo de Estado.

1.2. O Estado de Bem-Estar Social

A segunda fase do direito do trabalho caracteriza-se pela sistematização, pela necessidade da normatização e pela consolidação da legislação trabalhista.

Como já exposto, o marco inicial dessa fase deu-se em 1848 não apenas com o Manifesto Comunista de Marx e Engels, mas também com a Revolução Francesa.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Todo o processo seguinte a 1848 até a Primeira Guerra Mundial caracterizou-se por avanços e recuos entre a ação do movimento operário, do movimento sindical, do movimento socialista e, ao mesmo tempo, a estratégia de atuação do Estado. Processo em que a ação vinda de baixo e a atuação oriunda de cima se interagem reciprocamente, dinamicamente, dando origem a um ramo jurídico próprio que tanto incorpora a visão

própria ao Estado como assimila um amplo espaço de atuação para a pressão operária vinda de baixo³.

Durante o processo, ocorreram melhorias e retrocessos, mas pela ação do movimento operário, das classes sindicais, como também da interferência do Estado, formou-se um ramo jurídico próprio.

A partir de 1850, houve o surgimento de leis trabalhistas relevantes ao lado de avanços da negociação coletiva da época.

Constituições promulgadas à época inseriram em seus textos normativos direitos fundamentais de segunda geração, denominados direitos sociais. Permitia-se aos hipossuficientes o acesso aos serviços básicos, como saúde, educação, trabalho, etc.

Em 1917, a Constituição Mexicana foi a primeira a efetivar a constitucionalização dos Direitos Sociais, inclusive o direito do trabalho. Entretanto, foi a Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, que teve maior impacto e influência.

Antes mesmo do final século XIX, as nações já se atentavam para a necessidade de afirmação dos direitos do trabalhador, tanto que a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT – ocorreu no ano de 1919, muito antes mesmo da criação da ONU ou da elaboração das grandes Declarações de Direitos Humanos do século XX.

Assim, foi criada a Organização Internacional do Trabalho – OIT –, com o objetivo de desenvolver e propagar o direito do trabalho, na Conferência da Paz, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. A sua Constituição corresponde à Parte XIII do Tratado de Versalhes.

A criação de um órgão internacional para regular o direito do trabalho partiu das análises de situações éticas e econômicas relacionadas ao custo humano da revolução industrial.

A intervenção estatal passou a ser decisiva na construção do cenário mundial, especialmente após a Grande Depressão de 1929, pelo *crash* na bolsa, no dia 29 de outubro de 1929, em que todo o lucro do ano anterior desapareceu. A crise foi tamanha e o desemprego avassalador.

³DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 96.

Foram necessários mecanismos eficientes para estancar a crise que se deu entre guerras arrasadoras.

O *New Deal*, programa lançado pelo presidente americano Franklin Roosevelt, entre 1933 e 1945, pregava a intervenção estatal na economia e programas incentivadores de obras públicas como forma de combate ao desemprego, baseados na Teoria Geral de John Maynard Keynes.

A política de estabilização da economia requeria a ação direta do estado para aumentar ou diminuir a demanda agregada por meio de alterações nos gastos do governo ou nas receitas de impostos. O emprego dependia do total gasto com o consumo e do investimento aplicado, pois assim como o direito do trabalho, tinha uma função maior: o bem estar e a melhoria das condições de vida do cidadão.

Surgia, então, uma estrutura de Estado que objetivava atender às necessidades do período, denominada de Estado de Bem-Estar Social, que consistia numa política social na qual o Estado era o responsável por atender às demandas da população, regulando serviços, bem como fornecendo à sociedade esses mesmos serviços, como forma de garantir melhor qualidade de vida.

O Estado de Bem-Estar Social atingiu seu clímax nas décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial e, em 1944, a OIT adotou a Declaração da Filadélfia como anexo da sua Constituição, que antecipou e serviu de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em sua página oficial⁴ a OIT esclarece que:

(...) em 1944, os delegados da Conferência Internacional do Trabalho adotaram a Declaração de Filadélfia que, como anexo à sua Constituição, constitui, desde então, a carta de princípios e objetivos da OIT. Esta Declaração antecipava em quatro meses a adoção da Carta das Nações Unidas (1946) e em quatro anos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), para as quais serviu de referência. Reafirmava o princípio de que a paz permanente só pode estar baseada na justiça social e estabelecia quatro ideias fundamentais, que constituem valores e princípios básicos da OIT até hoje: que o trabalho deve ser fonte de dignidade, que o trabalho não é uma mercadoria, que a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos e que todos os seres humanos tem o direito de perseguir o seu bem estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.

⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *História*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

Em 1945, foi criada a ONU – Organização das Nações Unidas –, responsável pela manutenção da ordem e da paz mundial.

Nesse mesmo período, houve a fase “institucionalização”, e por ser considerado social e constitucional, o direito do trabalho foi reconhecido como ramo jurídico autônomo.

O período do Estado de Bem-Estar Social, o *Welfare State*, para o direito do trabalho, alcançou sua função plena: melhorando as condições de vida do trabalhador, o emprego era estável e pleno, fortalecendo-se no sindicato e melhorando a distribuição de riquezas. Produziam produtos duráveis em massa, com trabalhadores homogêneos. O Sindicato e o Estado Intervencionista regulamentavam os direitos sociais através de políticas públicas keynesianas.

Nesse sentido, Livia Miraglia esclarece:

Nesse diapasão, o que se observa no período do Estado do Bem-Estar Social é o ápice do capitalismo em todos os sentidos: o capitalista acumulava lucros e os trabalhadores inseriam-se de fato na sociedade, participando das riquezas que produziam mediante pagamento de salários dignos e a consolidação das políticas públicas de pleno emprego e de valorização do trabalho⁵.

Em outras palavras, o período foi marcado por um círculo virtuoso em que a política pública intervencionista, apta a garantir o equilíbrio, produziu crescimento e distribuição de renda à base de emprego e correspondente retribuição material à classe trabalhadora, gerando estabilidade e crescimento econômico.

1.3. O Estado Neoliberal

A partir de 1950, nos Estados Unidos da América, e por volta de 1980, no Reino Unido da Grã-Bretanha, a política de Bem-Estar social começou a sinalizar a iminente decadência, consubstanciada no desemprego e na inflação.

Tal declínio fez com que surgisse outra teoria de organização de Estado, o Neoliberalismo, através da Escola Monetarista do economista Milton Friedman, como uma solução para a crise que atingiu a economia mundial em 1973, provocada pelo aumento excessivo no preço do petróleo, pela revolução tecnológica, pela globalização, o excesso de

⁵MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 48.

produção, pelas altas taxas de desemprego, pela precarização e pela desregulamentação do mercado de trabalho.

O Estado Neoliberal tinha como pressuposto primordial o não fornecimento pelo Estado de funções básicas, mas apenas de regulamentação destas funções, cabendo às empresas privadas a responsabilidade pela realização dos serviços essenciais, de modo a prover à sociedade, dentro da regulação estabelecida pelo Estado. É a chamada “horizontalização”.

O funcionamento básico da economia neoliberal é baseado no sistema de mercado, onde os produtores de bens e serviços procuram ajustar os seus custos de produção com base no preço de venda dos bens - definidos no mercado por meio do funcionamento da lei da oferta e da procura. Sua inovação em relação ao Liberalismo está no fato de que os Neoliberais consideram importante e fundamental a intervenção do Estado na economia, de forma a ampliar o bem-estar social.

Nesse cenário o Estado e o direito encolhem e regulam apenas o essencial para o desenvolvimento do capital. O direito fica restrito e novas formas de mão de obra surgem sem enquadramento na definição clássica de relação de emprego.

Surge o conceito de Downsizing, que em português significa “achamento”, que se configura em uma técnica que visa a eliminação de processos desnecessários que engessam a empresa e atrapalham a tomada de decisão, com o objetivo de criar uma organização mais eficiente e enxuta possível. Sua atuação é focada na área de recursos humanos (RH) da empresa.

Nesse contexto verifica-se a terceirização, que se generalizou sem legislação específica diante da necessidade de processos mais ágeis às atividades empresariais.

2. Os modelos de produção

No início do século XX a indústria passava por mais um dos muitos processos de transformação, especialmente em razão do uso do petróleo e da energia elétrica, além do surgimento das indústrias siderúrgica e química, período conhecido como a Segunda Revolução Industrial.

Outro fator fundamental foi o surgimento do capitalismo financeiro, que integrava o setor industrial ao lucro dos grandes bancos.

Em meio a tais processos, a disputa por lucro entre as empresas concorrentes ficou acirrada.

Nesse momento começou-se a disseminar novas formas de produção com objetivo principal de reduzir ao máximo os custos de produção e assim baratear o produto, podendo-se vender para o maior número possível de consumidores.

Dentro deste sistema de produção, uma esteira rolante conduzia o produto e cada funcionário executava uma pequena etapa, era a chamada linha de produção. Logo, os funcionários não precisavam sair do seu local de trabalho, resultando em uma maior velocidade de produção. Também não era necessária a utilização de uma mão-de-obra muito capacitada, pois cada trabalhador executava apenas uma pequena tarefa dentro de sua etapa de produção.

Esses mecanismos ficaram conhecidos como modelos produtivos, dos quais se destacam o fordismo, o taylorismo e, mais recentemente, o toyotismo.

2.1. Taylorismo

O modelo de produção criado pelo engenheiro mecânico Frederick Winslow Taylor, denominado “taylorismo”, é um sistema que consiste na divisão do trabalho e na especialização do operário em uma só tarefa.

Esse sistema perdurou até a Segunda Guerra Mundial, na transição do Estado Liberal para o estado de Bem-Estar Social.

De acordo com Taylor, o trabalhador não teria mais a necessidade de conhecer todo o processo de produção, devendo conhecer apenas uma parte da atividade, procurando um aperfeiçoamento constante apenas desta parte. O conhecimento de todo o processo ficaria apenas com o gerente, que fiscalizaria todos os ramos da produção.

Em sua análise, Taylor constatou que os trabalhadores deveriam ser organizados de forma hierarquizada e sistematizada, onde cada trabalhador desenvolveria uma atividade específica no sistema produtivo da indústria (especialização do trabalho), sendo o trabalhador monitorado segundo o tempo de produção. Cada indivíduo deveria cumprir sua tarefa no menor tempo possível, sendo premiado aquele que se sobressaísse.

A decomposição do processo produtivo visava a racionalização da produção, a economia de mão-de-obra, o aumento da produtividade e o fim do desperdício do tempo, com foco nos procedimentos específicos.

Por outro lado, a fragmentação do processo produtivo gerou uma alienação do empregado com relação ao seu trabalho, que já não mais tinha conhecimento de todo o método de produção, bem como já não era mais dono de seu tempo e horário de serviço.

2.2. Fordismo

Com o Estado de Bem-Estar Social, surge o modelo de produção fordista, criado por Henry Ford, com base nos métodos de produção taylorista unida à facilidade das máquinas.

Como as indústrias eram verticalizadas, ou seja, eram inteiramente responsáveis por todo o processo produtivo, a otimização do tempo de trabalhado era crucial.

Ford implementou o aumento da produção por meio das chamadas esteiras rolantes, que propiciava o aumento de produção através da diminuição do número de trabalhadores e do tempo.

Logo, os funcionários não precisavam sair do seu local de trabalho, resultando numa maior velocidade de produção. Também não era necessária a utilização de mão-de-obra muito capacitada, pois cada trabalhador executava apenas uma pequena tarefa dentro de sua etapa de produção.

Apesar da estagnação profissional dos trabalhadores, uma vez que não havia espaço para crescimento profissional dentro desse método de produção, Ford pregava uma justa remuneração aos seus empregados, para que todos pudessem consumir o produto final produzido, o automóvel Ford T.

O fordismo tornou-se o sistema de produção que mais se desenvolveu no século XX, sendo responsável pela produção em massa de mercadorias das mais diversas espécies e tornou-se amplamente conhecido em razão de retrato a partir da visão de Charles Chaplin, no filme “Tempos Modernos⁶”.

⁶TEMPOS Modernos. Direção: Charles Chaplin, Produção: Charles Chaplin, Paulette Goddard, 1936. Rio de Janeiro: Continental Home Vídeo. 87 min. HI-FI, VHS. Produzido originalmente em preto e branco.

O modelo de produção incorporou a hierarquização do sistema produtivo e delimitou os conceitos de empregado e empregador, evidenciando a subordinação característica da relação de emprego.

Esse sistema, ao mesmo tempo que aumentava a produção, barateava o preço dos produtos industrializados e especializava o funcionário em um serviço determinado.

No entanto, a estagnação do trabalhador e as rígidas metas a cumprir para o aumento da produção geraram um cenário de insatisfação da classe operária que, com o declínio do Estado de Bem-Estar Social e a crise do petróleo⁷ na década de 1970, deram início ao surgimento do novo modelo de produção, o toyotismo.

2.3. Toyotismo

Na década de 1980, o fordismo entrou em declínio com o surgimento de um novo sistema de produção mais eficiente. O Toyotismo, surgido no Japão, seguia um sistema enxuto, aumentando a produção, reduzindo custos e garantindo melhor qualidade e eficiência no sistema produtivo.

Criado pelo japonês Taiichi Ohno, este sistema de produção foi implementado pela primeira vez na fábrica da Toyota, com base na experiência japonesa de controle de espaços, uma vez que o pequeno território do Japão impedia a estocagem de produtos.

O Toyotismo, também conhecido como *just-in-time*⁸, preceitua a produção apenas daquilo que for necessário. A produção deve estar em sintonia com a entrada de matéria-prima e com o mercado consumidor, de acordo com a procura dos produtos. Assim, torna-se desnecessário o espaço com estoque e garante a atualização da produção de acordo com as novas tecnologias.

⁷A crise do petróleo aconteceu após Segunda Guerra Mundial provocada pelo embargo dos países membros da OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) e Golfo Pérsico de distribuição de petróleo para os Estados Unidos e países da Europa. Foi desencadeada num contexto de déficit de oferta, com o início do processo de nacionalizações e de uma série de conflitos envolvendo os produtores árabes da OPEP. Os preços do barril de petróleo atingiram valores altíssimos, chegando a aumentar até 400% em cinco meses (17 de outubro de 1973 – 18 de março de 1974), o que provocou prolongada recessão nos Estados Unidos e na Europa e desestabilizou a economia mundial. **Fonte:** CRISE do petróleo. *Wikipedia*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Crise_do_petr%C3%B3leo>. Acesso em: 09 out. 2016.

⁸*Just-in-time* é um termo inglês, que significa literalmente “na hora certa” ou “momento certo”.

O trabalhador fabril passa a assumir outras funções. Ao contrário do sistema fordista-taylorista, o operário precisa conhecer amplamente o processo produtivo e as novas tecnologias.

Esse processo necessita de uma mão-de-obra mais qualificada e reduz a quantidade de trabalhadores dentro da indústria. Nesse sentido, o toyotismo provocou, entre outros problemas, o aumento do desemprego.

Esse processo permitiu, numa primeira fase, uma evolução parcial do processo de agilização das empresas, pois eliminou níveis intermediários, que acabavam restringindo a corrente decisória. Essa prática determinou uma reorientação empresarial e gerou um questionamento sobre as atividades secundárias executadas internamente pela empresa.

A produção deixou de ser verticalizada e passou para o processo de horizontalização, permitindo às empresas a concentração em seu *core business*, termo em inglês que significa “a parte central de um negócio ou de uma área de negócios”, e que é geralmente definido em função da estratégia da empresa para o mercado.

As primeiras mudanças começaram com o *downsizing*, ou enxugamento, que é a redução dos níveis hierárquicos da empresa de forma a reduzir o número de cargos e agilizar a tomada de decisões, não implicando, necessariamente, em cortes de pessoal.

As empresas, com base nesse método de produção, passam a descentralizar suas atividades acessórias para empresas terceiras em busca de diminuição de despesas, tempo e espaço, objetivando principalmente o aumento da capacidade de produção e do lucro.

Maurício Godinho Delgado afirma que:

(...) o toyotismo propõe a subcontratação de empresas, a fim de delegar a estas tarefas instrumentais ao produto final da empresa pólo (sic). Passa-se então a defender a ideia da empresa enxuta, disposta a concentrar em si apenas as atividades essenciais a seu objetivo principal, repassando para as empresas menores, suas subcontratadas, o cumprimento das demais atividades necessárias à obtenção do produto final almejado.⁹

Desse questionamento nasceu o debate sobre a flexibilização do trabalho e do emprego, de forma a contrapor a relação de emprego típica.

Alice Monteiro de Barros esclarece:

⁹DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p. 48.

Essas mudanças deram origem ao conhecido debate sobre a flexibilidade do emprego, em contraposição à relação de emprego “típica”, gerada por um contrato de trabalho indeterminado, com um empregador único e protegida contra a dispensa injusta. Sustenta-se que a relação de trabalho “típica” é incompatível com a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo de sistema econômico competitivo. Passou-se, então, a sugerir um modelo contraposto, cujo traço distintivo era o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas de flexíveis, entre as quais se inclui a terceirização¹⁰.

O fenômeno da flexibilização do direito do trabalho nasce nesse contexto de reorganização das empresas, tornando eficaz as ideias trazidas pelo Toyotismo, as quais incluem a terceirização das relações trabalhistas como alavanca para o crescimento econômico.

¹⁰BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed.- São Paulo: LTr, 2013. p. 357.

CAPÍTULO II. TERCEIRIZAÇÃO

1. A flexibilização das normas trabalhistas

Como visto no capítulo anterior, a terceirização deriva historicamente do clamor da classe empresarial de flexibilizar normas trabalhistas com o objetivo de adotar novas tecnologias e métodos de produção e, assim, colaborar com o desenvolvimento econômico.

Esse clamor se tornou muito forte nas décadas de 70 e 80 em razão da crise do petróleo e da recessão que a seguiu, o que gerou o chamado desemprego estrutural.

Arnaldo Süssekind explica que:

(...) a flexibilização seria consequência da globalização da economia, afetando normas protetivas do trabalho, a partir da década de 1980 na Europa Ocidental, de maneira a preservar empresas ameaçadas de extinção em função da crise econômica advinda do choque petrolífero.¹¹

A flexibilização como teoria surge em 1973 para adaptar a legislação trabalhista ao dinamismo da sociedade e compatibilizar as mudanças de ordens econômica e tecnológica nas relações de trabalho.

Sérgio Pinto Martins, tratando da flexibilização do direito do trabalho, a conceitua:

A flexibilização do Direito do Trabalho vem a ser um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho¹².

(...) A palavra flexibilização é um neologismo, não encontrado nos dicionários. É originária do espanhol *flexibilización* [...] O certo não seria falar em flexibilização do Direito do Trabalho, mas em flexibilização das condições de trabalho, pois estas que serão flexibilizadas [...] **Prefiro dizer que a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação ente capital e o trabalho**¹³. (grifos nossos)

¹¹SÜSSEKIND, Arnaldo. Alcance e objeto da flexibilização do direito do trabalho. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). *A transição do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1999. p. 33-34.

¹²MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. p. 36.

¹³MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 21-25.

Annie Thábaud-Mony e Graça Druck dão a seguinte concepção:

(...) processo que tem condicionantes macroeconômicos e sociais derivados de uma nova fase de mundialização do sistema capitalista, hegemonizado pela esfera financeira, cuja fluidez e volatilidade típicas dos mercados financeiros contaminam não só a economia, mas a sociedade em seu conjunto, e, desta forma, generaliza a flexibilização para todos os espaços, especialmente no campo do trabalho¹⁴.

Entende-se por flexibilização, portanto, como o conjunto de medidas necessárias para adequar o direito do trabalho de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mudanças decorrentes de fatores de ordens econômica e tecnológica ou de natureza social.

Importa distinguir, porém, a flexibilização heterônoma da flexibilização autônoma. A primeira tem a ver com mudanças realizadas pelo Estado, chamada de “desregulamentação normativa”. A segunda caracteriza-se pelas alterações celebradas pelos próprios sujeitos das relações trabalhistas, ou seja, trabalhador e tomador de serviço, por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho¹⁵.

A flexibilização pode comportar as mobilidades geográfica e funcional dos trabalhadores, a maleabilidade nos custos da mão-de-obra, a gestão dos recursos humanos, a organização do tempo de trabalho, fragmentando a produção e dando origem a diversas formas de parcerias, tais como as denominadas terceirizações e subcontratações.

1.1. Conceito

A terceirização originou-se basicamente com a Terceira Revolução Industrial, também denominada de Revolução Tecnológica, que se deu pela reordenação espacial da indústria, pela reorganização da divisão internacional do trabalho e principalmente pela acelerada evolução e pelas inovações tecnológicas (telecomunicação, transportes, informática e biotecnologia).

¹⁴THÉBAUD-MONY, Annie; DRUCK, Graça. Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Orgs.). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 29.

¹⁵A constituição Federal de 1988 já reconhece a possibilidade de flexibilização dos direitos do trabalhador, como se observa nos artigos 7º, VI, XIII e 8º, II, III e IV, por exemplo.

Seu objetivo primordial é a redução de custos salariais das organizações capitalistas no sentido da adoção de estratégias de recomposição das margens de lucro e a melhoria da qualidade dos serviços ou produto, conforme Alice Monteiro de Barros dispõe:

Teoricamente, o objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto o do serviço. (...) ¹⁶

Passou-se, assim, a concentrar atenções na contratação de prestação de serviços, deixando um pouco de lado a questão da produção de bens efetivamente, na medida em que a contratação de bons prestadores de serviço (qualificados e baratos) acabariam por atingir a finalidade maior (produção de bens) e, ao mesmo tempo, aumentar a lucratividade empresarial.

A terceirização é hoje um fenômeno mundial e transformou-se em uma realidade incontestável no mercado de trabalho, desencadeada pelas inovações organizacionais que objetivam a racionalização organizacional e as condições de concorrência capitalista num cenário de instabilidade da economia de mercado globalizado.

Trata-se de ferramenta utilizada por todas as formas de cadeia produtiva que seguem o modelo toyotista.

O *outsourcing*, expressão em inglês normalmente traduzida para português como terceirização, é um processo usado por uma empresa no qual outra organização é contratada para desenvolver uma certa área da empresa.

Em inglês, a palavra *out* significa "fora", e *source* significa "fonte", ou seja, a expressão remete para uma fonte que está no exterior. Assim, uma empresa procura uma fonte no exterior que possa trabalhar uma área do negócio de forma mais eficiente, obtendo, desta forma, mais tempo para se concentrar nos aspectos fulcrais da gestão empresarial.

A terceirização é o processo pelo qual uma empresa deixa de executar uma ou mais atividades realizadas por trabalhadores contratados diretamente e as transfere para outra empresa, passando a utilizar mão-de-obra indireta.

Esse método de administração é motivo de acaloradas discussões no âmbito do direito do trabalho, especialmente nas últimas décadas, uma vez que o processo de evolução dos modos de produção e o de transferência de serviços têm se acentuado.

¹⁶BARROS, Alice Monteiro de. op. cit., p. 357.

Dentro desses processos de mudança, a terceirização representa uma evolução na realidade das relações de trabalho, a qual deve ser estudada de forma que sua extensão e alcance possam ser percebidos diante das diversas transformações sociais e tecnológicas pelas quais a sociedade tem passado e, certamente, continuará a passar.

Essa prática, no entanto, é muito confundida com a intermediação de mão-de-obra e relacionada à precarização do trabalho. No entanto, a intermediação de mão-de-obra e a terceirização não devem ser confundidas, apesar de ambos os fenômenos serem representados pela figura do contrato de prestação de serviços, pois a terceirização se dá de dentro para fora da empresa, de sua necessidade de um serviço externo e, por outro lado, a intermediação de mão-de-obra se dá de fora para dentro da empresa, ou seja, a comercialização de uma atividade lucrativa, o que é vedado.

É importante destacar que, ao contrário do que geralmente se pensa, o que se terceiriza não é a empresa ou o trabalhador, mas sim a atividade ou parte delas.

A terceirização não afeta a relação de trabalho em seus elementos constitutivos. Os efeitos econômicos permanecem os mesmos, pois há trabalho mediante salário.¹⁷

Maurício Godinho Delgado, define a terceirização sob a ótica do direito do trabalho nos seguintes dizeres:

Para o Direito do Trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. 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 envolvido¹⁸.

Com isso, a terceirização foi concebida como método de administração empresarial cujo objetivos principais são a descentralização dos serviços, a melhoria da eficiência e a

¹⁷SILVA, Antônio Alves da. *Terceirização um tigre de papel*. Belo Horizonte: RTM, 2015. p. 12.

¹⁸DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 452.

diminuição dos custos, permitindo que a empresa possa descentralizar suas atividades para outras empresas, que passam a gerenciar o ritmo da produção.

O Professor Ari Possidônio Beltran¹⁹ ensina que a terceirização lembra a figura de um terceiro, pessoa física ou jurídica, alheia à relação contratual formada entre empregado e empregador, que se insere no processo produtivo prestando serviços ou produzindo bens. Acrescenta, ainda, que se trata de subcontratação, que poderá ter a forma de prestação de serviços ou de contrato de empreitada, implicando na desconcentração das atividades da empresa.

Assim, a terceirização decorre da necessidade do capital de se adaptar às relações de trabalho às inovações tecnológicas, às mudanças nas teorias organizacionais e aos métodos de gestão de mão-de-obra.

1.2. Caracterização da relação

A terceirização caracteriza-se por uma relação triangular entre o tomador dos serviços, o prestador de serviços e o empregado deste último.

Segundo Rubens Ferreira Castro, a terceirização caracteriza-se por:

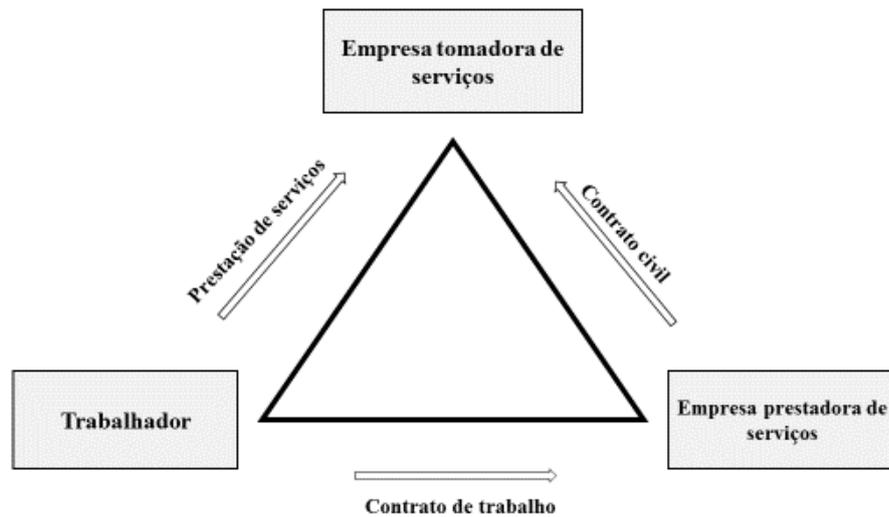
(...) uma relação jurídica que envolve interesse de três partes. Daquela que contrata os serviços de uma empresa especializada em determinado serviço, a fim de poder concentrar seus recursos materiais e humanos em sua atividade principal, chamada tomadora. Por sua vez a empresa especializada nos serviços contratados é chamada tomadora. E, finalmente, do empregado contratado pela prestadora, que desempenha suas funções beneficiando secundariamente a tomadora.²⁰

A existência de três partes intervenientes faz a relação revestir-se de características peculiares, pois trata-se de mecanismo anômalo de contratação de força de trabalho, fugindo ao modelo clássico de contratação prevista na Consolidação das Leis de Trabalho – CLT –, nos seus artigos 2º e 3º.

Assim, a terceirização é a contratação de serviços por uma empresa tomadora de outra empresa, denominada prestadora, que os realiza com seus trabalhadores próprios a quem ficam subordinados e de quem recebem salários.

¹⁹BELTRAN, Ari Possidônio. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 78.

²⁰CASTRO, Rubens Ferreira de. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 82.



A relação de emprego, portanto, se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o contratante (tomadora).

2. Terceirização. Diferentes pontos de vista

A terceirização é um tema que ainda hoje levanta acaloradas discussões no âmbito do direito do trabalho.

De um lado estão os contrários ao instituto, pois questionam se a terceirização, dentro do contexto de flexibilização das normas de direito do trabalho, traz algo além da busca pelo lucro e a exploração do trabalho pelo capital.

Nessa linha de raciocínio, argumenta-se que a terceirização age como meio de exclusão social e de discriminação, precarizando as relações de trabalho e alienando o indivíduo.

As empresas antes hierarquizadas passam agora para um sistema de horizontalização do sistema produtivo de trabalho cuja consequência, na prática, é a despersonalização da pessoa do empregador e do emprego direto.

A ideologia do capital dominante passou a usar a flexibilização da legislação trabalhista como uma manta para encobrir os direitos sociais de forma a não barrar o aumento de seus lucros. Desse ponto de vista, a terceirização possibilita a contratação de mão-de-obra especializada externa de alta produtividade a baixo custo.

Jorge Luiz Souto Maior, em um de seus muitos artigos sobre o tema, destaca que:

A terceirização, ainda, visa a dificultar que se atinja a necessária responsabilidade social do capital. Nesse modelo de produção, a grande empresa não contrata empregados, contrata contratantes e estes, uma vez contratados, ou contratam trabalhadores dentro de uma perspectiva temporária, não permitindo sequer a formação de um vínculo jurídico que possa ter alguma evolução, ou contratam outros contratantes, instaurando-se uma rede de subcontratações que provoca, na essência, uma desvinculação física e jurídica entre o capital e o trabalho, tornando mais difícil a efetivação dos direitos trabalhistas, pois o empregador aparente, aquele que se apresenta de forma imediata na relação com o trabalho, é, quase sempre, desprovido de capacidade econômica ou, ao menos, possui um capital bastante reduzido se comparado com aquele da empresa que o contratou. Vale lembrar que o capital envolvido no processo produtivo mundial é controlado, efetivamente, por pouquíssimas corporações, que com a lógica da terceirização buscam se desvincular do trabalho para não se verem diretamente ligadas às obrigações sociais, embora digam estar preocupadas com ações que possam “salvar o mundo”!²¹

Nesse sentido, a terceirização está consubstanciada como instrumento de legitimação da exploração da classe trabalhadora pela classe dominante burguesa e corresponde à ofensiva do capital no processo de produção de forma a reorganizar o tempo e o espaço da exploração da força de trabalho assalariado.

A contratação de trabalhadores terceirizados é hoje nada mais do que a busca do capital em desvincular o tomador dos serviços do ônus de contratar e ser responsabilizado pela legislação laboral e baseia-se, primordialmente, na produtividade, ou seja, na maior produção e qualidade, pelo menor tempo e menor custo.

Com a fragmentação das atividades industriais, cada vez menos os trabalhadores adquirem conhecimento da fabricação do todo. Como exemplo, cita-se o caso das empresas automobilísticas. Hoje o processo produtivo é todo fragmentado de forma que a produção de um veículo é realizada com base na produção de peças feitas por diversas empresas, que em sua cadeia produtiva também adquiriram matérias-primas produzidas por outras empresas. Essa forma de produção nasceu da necessidade do capitalista em aumentar sua produtividade, gerando assim, a especialização.

²¹SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização elimina responsabilidade social do capital. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 08 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-08/jorge-luiz-souto-maior-terceirizacao-elimina-responsabilidade-social-capital>>. Acesso em: 12 out. 2016.

Conforme ensina Lukács, a especialização do conhecimento é uma forma de desapropriar o trabalhador do conhecimento do todo. O trabalhador especializado não tem mais o conhecimento do produto final, mas apenas de uma parte da sua produção.

Com a especialização do trabalho, perdeu-se toda a imagem da totalidade. E como a necessidade de apreender a totalidade – ao menos cognitivamente – não pode desaparecer, tem-se a impressão (...) de que a ciência que trabalha igualmente dessa maneira, isto é, que permanece igualmente nesse imediatismo, teria despedaçado a totalidade da realidade, teria perdido o sentido da totalidade por força da especialização.²²

A terceirização vem fomentar essa especialização do trabalho e aumentar a dominação que incide nas partes, nos elementos parciais da realidade e impossibilitar um pensamento de totalidade.

Nesse sentido, a terceirização nada mais é do que uma estratégia usada para driblar os direitos trabalhistas e, assim, contribuir para a maximização do lucro do capitalista. Quanto mais especializado, mais produtivo.

Essa produtividade fundada na flexibilização dos direitos trabalhistas gera consequências nefastas para os trabalhadores e para toda a classe social, pois ao invés de centralizar a produção e o trabalho, os descentraliza, levando ao acirramento e à fragmentação dos trabalhadores e de uma consciência coletiva.

Os terceirizados não se identificam com os trabalhadores efetivos. Há um estranhamento entre a própria classe trabalhadora. Isso oferece um maior controle para os capitalistas e gera a dessubjetivação da classe trabalhadora em razão da busca desenfreada por maior produção a menor custo.

Para os opositores da terceirização, embora o instituto pregue a noção de parceria, relacionamento comercial e de contratação de serviços, na verdade ele está desconsiderando a mão-de-obra, pura e simplesmente, para a redução de despesas e o aumento de lucratividade.

Por outro lado, a terceirização apresenta-se como uma prática vantajosa, pois possibilita transformar custos fixos em variáveis, eliminar operações não essenciais e dispendiosas e utilizar o capital economizado com melhorias do processo produtivo (novas tecnologias, processos e produtos).

²²LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 229-230.

A especialização não é vista como uma forma de alienação, mas como meio de obtenção de maior qualidade na realização das tarefas e de possibilidade de uma maior competição entre as empresas e o barateamento de produtos aos consumidores. Ela permite que a empresa tenha uma gestão mais simplificada, uma vez que aquela não precisará fazer o controle de pagamentos, tributos e obrigações que incidem sobre a contratação direta dos funcionários, diminuir despesas com a manutenção de estoque destinados à realização da atividade e elimina a necessidade de comprar máquinas e aparelhos.

As empresas deixam a gestão centralizada e burocrática e adotam processos participativos de gestões administrativa e operacional, mantendo sob sua gestão apenas o que é essencial ao seu negócio.

As vantagens competitivas são evidentes e se caracterizam pelo desenvolvimento econômico gerado com a criação de empresas, pela oferta de mão-de-obra de diferentes níveis de qualificação, levando ao aumento de empregos.

Nessa linha de raciocínio, Rubens Ferreira Castro afirma:

A aplicação desta técnica de administração gera o crescimento do número de empresas dentro da economia nacional, sendo que essas aumentam o número de postos de trabalho, com vantagens refletidas na área social. (...) Essa importância é mais intensa no campo econômico social, pois um dos principais objetivos do Direito do Trabalho é o pleno emprego, a garantia do trabalho para todos.

Ao se ocupar apenas com suas atividades essenciais, a empresa criará empregos, aperfeiçoamento de mão-de-obra, distribuição de rendas entre os participantes do processo, especialização no serviço e concorrência, e produtividade para todo o mercado.

A terceirização, ao gerar novas empresas, gera também novos empregos e riquezas e, em contrapartida, gera aumento de arrecadação de impostos na área de serviços.

José Pastore e José Eduardo G. Pastore²³ destacam que:

Ao ganhar eficiência produtiva, as empresas desempenham melhor a sua função social, em especial a de gerar empregos de boa qualidade, protegendo os trabalhadores e pagando salários e benefícios condignos. Terceirização não é sinônimo de precarização, embora em muitas áreas haja espaço para melhorar a segurança jurídica das empresas e a proteção dos trabalhadores. Mundialmente, o processo de terceirização avança nessa direção. Onde há processos de terceirização, em que não haja respeito a

²³PASTORE, José Eduardo G. Terceirização sem ideologia. In: PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafio para o direito*. São Paulo: LTr, 2015. p. 14.

legislação trabalhista, não há que se falar em terceirização. A fraude à legislação trabalhista não é “privilégio” de quem terceiriza, mas sim daquele que deseja não cumprir as leis do trabalho, independente da terceirização.

Vale destacar que, independentemente do ponto de vista que se adote, a terceirização com flexibilização das relações de trabalho é uma realidade que se faz presente e, como tudo no mundo, possui pontos positivos e negativos.

A terceirização não é sinônimo de precarização do trabalho, mas de fato a viabiliza em razão do desrespeito às normas trabalhistas e à busca excessiva pelo lucro.

Há de se buscar o equilíbrio entre as relações humanas e sociais com a efetividade e o lucro almejado.

CAPÍTULO III. A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

O tema terceirização não é matéria exclusiva do direito brasileiro.

O neoliberalismo, a partir da década de 1990, avançou o processo de globalização e generalizou a presença de empresas multinacionais em diversos países, predominando a circulação do capital financeiro e a acentuação das políticas públicas uniformizadoras encabeçadas pelos órgãos internacionais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional – FMI – e a Organização Mundial do Comércio – OMC –, por exemplo.

No conjunto das alterações econômicas, também ocorreram as alterações nas relações de trabalho, tornando a terceirização a figura central do processo de flexibilização das leis trabalhistas, sendo que em alguns países não há qualquer regulamentação quanto à ela; em outros, há regras sobre ela; e em outros ainda, a proibem.

1. Terceirização nos países estrangeiros

1.1. Alemanha

Na Alemanha a terceirização se dá por subempreitada, não havendo qualquer legislação sobre o tema, resolvendo-se algumas relações mediante contratos coletivos.

A mão-de-obra é contratada sob o regime do trabalho temporário e, com relação aos empregados do tomador dos serviços, a isonomia de condições de trabalho e salarial é garantida.

A terceirização na Alemanha ocorre com bastante frequência nos setores de fabricação de automóveis, na siderurgia e no setor químico e possui a conotação de um conceito organizacional, relacionado à delegação de atividades não nucleares da produção, sendo tratada como a racionalização do processo produtivo.

1.2. Espanha

Na Espanha a subcontratação, ou *arrendamiento de servicios*, é reconhecida e regulada pelo Estatuto dos Trabalhadores, que em seu art. 42²⁴ estabelece que os empresários que contratem ou subcontratem com outros a realização de obras ou serviços correspondentes à própria atividade daqueles deverão comprovar que esses contratados estejam com o pagamento das cotas de Seguridade Social em dia.

A terceirização, portanto, é considerada regular, gerando, conforme o caso, responsabilidade solidária pelos encargos trabalhistas das empresas envolvidas. Assim, o empresário responderá solidariamente durante um ano após o término do contrato pelas obrigações salariais contraídas durante a vigência desse mesmo contrato.

Para eximir-se dessa solidariedade, o tomador dos serviços deve demonstrar que exigiu comprovação de pagamento das verbas trabalhistas. Sergio Pinto Martins leciona que na Espanha existem exceções à responsabilidade solidária:

Há exceções à responsabilidade solidária: (a) quando as atividades disserem respeito à construção ou reparação de moradia particular; (b) quando uma indústria realizar a contratação para serviços ou obras não ligadas à atividade empresarial desenvolvida, em que a responsabilidade será exclusiva de quem os contratou.²⁵

A responsabilidade solidária pela terceirização na Espanha não é ampla e irrestrita. Assim como no Brasil, o dono da obra não pode ser responsabilizado.

²⁴Art. 42. Subcontratación de obras y servicios.

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata. No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

²⁵MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*, cit., p. 20.

1.3. França

No direito francês, usa-se a expressão *externalización* para o instituto da terceirização e o artigo 2º de sua Declaração de Direitos, assinada após a Revolução, aboliu esse tipo de trabalho, considerando-o como uma exploração de subempreiteiros.

Para a proteção dos trabalhadores e com o intuito de inibir a exploração, o Código do Trabalho Francês, no seu art. L 8231-1, definiu como crime toda a atividade de intermediação de mão-de-obra com fim lucrativo que tenha como objetivo causar prejuízo ao trabalhador ou impedir a aplicação da legislação trabalhista.

Algumas exceções são reconhecidas, como o trabalho temporário e o trabalho por tempo partilhado em que a empresa fornece trabalhador qualificado para execução de serviço específico na empresa cliente, a qual não possui condições de contratá-lo diretamente.

A terceirização é feita por intermédio de contratos de cooperação entre as partes, sendo que é utilizada também para as atividades-fim da empresa, desde que o poder diretivo venha do terceirizado. Nessas situações a legislação Francesa prevê a responsabilidade solidária.

1.4. Portugal

Por outro lado, em Portugal, permite-se a terceirização como cessão somente em trabalho temporário ou empresas coligadas. O direito português reconhece que há problemas na adoção desse fenômeno, mas não declara a responsabilidade solidária entre tomadora e prestadora de serviços. Somente no caso de irregularidade dá ao trabalhador o direito de optar pela inclusão nos quadros da empresa tomadora.

1.5. Argentina

Na Argentina a terceirização é permitida desde que a contratada não desenvolva a mesma atividade-fim da contratante. A prestadora ou fornecedora de serviços deverá também ter sua própria organização e finalidade bem caracterizadas.

A terceirização é regulamentada pela Lei nº 30 de 2003, que trata da intermediação e da interposição privada da terceirização do trabalho e pela Lei de Contrato de Trabalho

(*Ley del Contrato del Trabajo*), em seus arts. 3²⁶ e 136²⁷ que estabelecem a responsabilidade solidária entre o empregador principal e o intermediário quanto à contratação, à subcontratação e à delegação dos estabelecimentos.

Esses dispositivos obrigam a empresa principal a controlar os contratados e/ou subcontratados com relação ao cumprimento das normas trabalhistas e previdenciárias, sendo que a omissão dessas normas por parte da empresa principal pode resultar, automaticamente, em responsabilidade solidária.

A responsabilidade subsidiária somente se aplica se a empresa principal controlar a terceira quanto ao cumprimento dos direitos dos terceirizados e nos seguintes casos: substituição de trabalhador ausente; suspensão por licença; aumento ocasional ou extraordinário da atividade da empresa; organização de congressos; conferências; férias; exposições; trabalhos urgentes para prevenir acidentes ou perigos que não podem ser atendidos por pessoal permanente e, em geral, para a atenção de necessidades extraordinárias ou transitórias que demandem a execução de tarefas alheias ao habitual da empresa usuária.

²⁶ Art. 30. Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social. Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley n. 22.250.

²⁷ Art. 136. —Contratistas e intermediarios.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de esta ley, los trabajadores contratados por contratistas o intermediarios tendrán derecho a exigir al empleador principal solidario, para los cuales dichos contratistas o intermediarios presten servicios o ejecuten obras, que retengan, de lo que deben percibir éstos, y les hagan pago del importe de lo adeudado en concepto de remuneraciones u otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral.

El empleador principal solidario podrá, así mismo, retener de lo que deben percibir los contratistas o intermediarios, los importes que éstos adeudaren a los organismos de seguridad social con motivo de la relación laboral con los trabajadores contratados por dichos contratistas o intermediarios, que deberá depositar a la orden de los correspondientes organismos dentro de los quince (15) días de retenidos. La retención procederá aunque los contratistas o intermediarios no adeudaren a los trabajadores importe alguno por los conceptos indicados en el párrafo anterior.

1.6. Uruguai

A terceirização no Uruguai é regulada por três leis: a Lei nº 18.098 de 2007, que dita normas de contratação de serviços terceirizados por organismos estatais; as Leis nº 18.099 de 2007 e nº 18.251 de 2008, que estabelecem normas de proteção aos processos de descentralização empresarial.

A legislação referente aos órgãos estatais define o nível de exigência que a autoridade pública deve estabelecer em relação à empresa contratada e estabelece que a autoridade pública contratante tem o direito de exigir da contratada a documentação comprobatória do pagamento dos salários e dos demais encargos referentes aos trabalhadores terceirizados - assim como as empresas privadas têm o dever de comunicar o organismo contratante caso requeira os dados pessoais dos trabalhadores.

Já para a relação privada, a Lei nº 18.099 de 2007 estabelece, em seu art. 1º²⁸, a responsabilidade solidária da empresa tomadora no que se refere ao pagamento das obrigações trabalhistas, da seguridade social, do acidente de trabalho e da doença ocupacional. Já a Lei nº 18.251 de 2008 define as atividades que podem ser terceirizadas, classificando-as como subcontratação, intermediação e fornecimento de mão-de-obra.

A legislação para o setor privado prevê em seus artigos que o tomador de serviços pode exigir da empresa contratada a apresentação dos documentos relacionados aos empregados da terceira e incentiva que a empresa tomadora exija o cumprimento das obrigações trabalhistas, transformando a responsabilidade solidária da tomadora, definida pelo art. 1º da Lei nº 18.099 de 2007, em subsidiária.

Para os trabalhadores subcontratados em caráter temporário não é lícito receber salários inferiores aos da tomadora, de acordo com o princípio de que para igual tarefa corresponde igual salário. No entanto, esse dispositivo somente se aplica aos trabalhadores

²⁸Art. 1o Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado em relación a esos trabajadores.

El Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, los organismos comprendidos en los artículos 220 y 221 de la Constitución de la República, las Intendencias Municipales, las Juntas Departamentales y las personas públicas no estatales, cuando utilicen personal mediante algunas de las modalidades previstas en el inciso anterior, quedan incluidos en el régimen de responsabilidad solidaria regulado por esta ley.

La responsabilidad solidaria queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra.

de empresas fornecedoras de trabalhadores temporários, não contemplando a terceirização por subcontratação ou as intermediárias.

No geral, a regulamentação concebe conceitos amplos de empresas intermediárias, subcontratadas e fornecedoras de mão-de-obra e não limita as atividades econômicas em que incidirão, mas apenas impede a precarização.

1.7. México

No México, a subcontratação, nome dado à terceirização no país, é regulada pela Lei Federal do Trabalho de 1970, que passou por recente reforma em 2012.

A contratação de pessoas deve ser efetuada por meio de empresa especializada e não poderá abarcar a totalidade das atividades desenvolvidas, bem como não poderá compreender tarefas iguais ou similares às desenvolvidas pelos empregados pela tomadora dos serviços, conforme disposto em seu artigo 15^o²⁹ e seguintes, o que descaracteriza a intermediação.

²⁹Artículo 15.- En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, se observarán las normas siguientes:

I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores;

II. Los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfruten los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria. Para determinar la proporción, se tomarán en consideración las diferencias que existan en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de aplicación en que se encuentren instaladas las empresas y las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo.

Artículo 15-A. El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas. Este tipo de trabajo, deberá cumplir con las siguientes condiciones:

a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.

b) Deberá justificarse por su carácter especializado.

c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.

Artículo 15-B. El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito.

La empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Artículo 15-C. La empresa contratante de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

Além disso, a Lei Federal do Trabalho, em seu artigo 13³⁰, preconiza que o tomador de serviços é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas no caso de inadimplemento do empregador.

A legislação Mexicana sobre o tema foi muito criticada, pois, segundo estudos realizados no país, as taxas de desemprego não diminuíram com a regulamentação do instituto, mas apenas aumentou a oferta de trabalhos precários.

A ressalva feita é que, assim como em muitos países latinos, o México não possui uma cultura de cumprimento de normas trabalhistas, o que dificulta a avaliação do impacto da legislação.

1.8. Japão

É válido analisar a experiência do Japão, onde a subcontratação trabalhista sempre esteve presente.

Em 1985, foi criada a Worker Dispatching Law, ou seja, a lei da subcontratação trabalhista que autoriza a terceirização. Essa lei, no entanto, proíbe a terceirização no transporte portuário e na construção, sob pena de sanções penais.

O objetivo original desta lei era regulamentar o sistema de subcontratações que se tornou muito comum nas indústrias automobilística e eletrônica.

Inicialmente a lei de 1985 limitou o pessoal temporário à uma lista de 13 ocupações, mas as revisões subsequentes (1999, 2000, 2004, 2007, 2010 e 2015) aumentaram firmemente sua escala de aplicação e trouxe o reconhecimento legal do trabalhador terceirizado e da empresa fornecedora de mão-de-obra, com base em um contrato de fornecimento.

O objetivo dessa lei foi regulamentar essa modalidade de trabalho como uma forma de prevenção da exploração dos trabalhadores, determinar o responsável pelo cumprimento

Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.

Artículo 15-D. No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales; em este caso, se estará a lo dispuesto por el artículo 1004-C y siguientes de esta Ley.

³⁰Artículo 13.- No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores.

das leis e evitar que empresas fornecedoras de trabalhadores concorressem para a erosão dos empregos regulares.

A legislação é validada pelos sindicatos japoneses que entendem que esse sistema maximiza os resultados de ambas as empresas, o que é positivo.

Do disposto acima, verifica-se que a terceirização é uma realidade mundial ainda não muito bem definida, com legislações que pouco se comparam com a clássica legislação protetiva.

2. A terceirização e as normas da organização internacional do trabalho (OIT)

A OIT é ligada à Organização das Nações Unidas – ONU – e é especializada em questões relacionadas ao mundo do trabalho. Uma de suas atribuições se refere à elaboração das chamadas Agendas do Trabalho Decente, que são desenvolvidas tanto para os continentes, como para cada um dos países filiados à ONU.

Em 2003, a organização inicia uma campanha internacional em prol do trabalho decente. Segundo a OIT:

O Trabalho Decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho (em especial aqueles definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e seu seguimento adotada em 1998: (i) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de trabalho forçado; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iv) eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação), a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social. [...] Além da promoção permanente das Normas Internacionais do Trabalho, do emprego, da melhoria das condições de trabalho e da ampliação da proteção social, a atuação da OIT no Brasil tem se caracterizado, no período recente, pelo apoio ao esforço nacional de promoção do trabalho decente em áreas tão importantes como o combate ao trabalho forçado, ao trabalho infantil e ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e comercial, à promoção da igualdade de oportunidades e tratamento de gênero e raça no trabalho e à promoção de trabalho decente para os jovens, entre outras³¹.

A promoção do trabalho decente no Brasil passou a ser um compromisso quando o governo brasileiro e a OIT assinaram, em 2003, o ‘Memorando de Entendimento’, o qual

³¹ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *O que é trabalho decente*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

prevê um programa Especial de Cooperação Técnica para a promoção de uma Agenda Nacional de Trabalho Decente.

A OIT considera três diferentes prioridades para o Brasil atingir a geração de mais e de melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento, a saber: i) erradicar o trabalho escravo e eliminar o trabalho infantil em todas as suas formas; ii) fortalecer os atores tripartites (governo, empresa e trabalhador); e, iii) ampliar o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática. Com base nestes eixos estratégicos, o Brasil define o que considera como prioridade.

Por outro lado, a terceirização, apesar de sua relevância para o mundo laboral, até a presente data não possui uma Norma Internacional do Trabalho – NIT – elaborada para regulamentá-la. A OIT ainda não elaborou um instrumento jurídico que estabeleça normas sociais mínimas básicas para o trabalho terceirizado ante a grande discussão sobre o tema.

Vale lembrar que o Brasil ratificou, em 1968, a Convenção nº 96, concernente aos escritórios remunerados de empregos, mas a denunciou em 1972, sob o argumento de haver decidido regulamentar a prestação de trabalho temporário por meio da Lei nº 6.019/72. Na sequência vieram, por exemplo, a Lei nº 7.102/83, que disciplina a contratação de vigilantes bancários através de empresas especializadas, e a Lei nº 8.863/84, que disciplina a segurança privada das pessoas, estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residenciais, além de entidades sem fins lucrativos, de órgãos e de empresas públicas.

Em 1998, 2003 e 2006 foram realizadas tentativas de adoção de convenção sobre o tema “terceirização” que acabaram frustradas, pois o grupo dos empregadores recusaram-se a discutir sobre a questão.

Em 2006, em razão dessa discussão, foi aprovada uma recomendação acerca da relação de emprego, a Recomendação 198, que trata da política nacional de proteção aos trabalhadores em uma relação de trabalho, cujo objetivo principal é adotar medidas efetivas que visem remover iniciativas que disfarcem uma relação de trabalho. Essa Recomendação define, dentro da Legislação e de forma clara, a existência de trabalho subordinado, além de distingui-lo do trabalho independente.

Apesar de não conter dispositivos expressos sobre a terceirização, percebe-se que o real objetivo da Recomendação é regulamentar a questão, de modo a sugerir políticas de proteção das relações de trabalho, impedindo que sejam celebradas formas de acordos

contratuais que privem os trabalhadores dos seus direitos e escondam o seu status legal, como se vê a seguir.

4. Políticas nacionais devem ao menos incluir medidas para:

(...)

b) combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção;

Como se vê a terceirização é tema espinhoso, mesmo no âmbito da Organização Internacional do Trabalho que, apesar da preocupação com as formas fraudulentas que vêm se instaurando nas relações de trabalho, ainda não conseguiu regulamentar uma norma sustentável para compatibilizar a terceirização ao avanço econômico.

CAPÍTULO IV. A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

A expressão “terceirização” nasceu no Brasil e sua prática vem sendo amplamente utilizada pelas empresas.

O contrato de trabalho é mantido entre o empregado e o empregador, que, no caso, é uma empresa prestadora de serviços. Em razão da inexistência de regulamentação específica, o vínculo entre o tomador e a empresa prestadora decorre de contrato de natureza civil ou comercial, tendo como objeto a prestação de serviço.

Hoje, o vazio normativo é preenchido pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – TST.

Como se verá na sequência, pouca evolução teve o tema.

1. Evoluções normativa e jurisprudencial

A terceirização não possui regulamentação normativa em nosso ordenamento jurídico. Sua evolução se deu, principalmente, por meio da intervenção do poder judiciário, que se viu obrigado a criar *standards* de procedimento para acalmar os anseios sociais dos trabalhadores em decorrência deste processo irreversível.

A única hipótese de terceirização prevista está na CLT disposta em seu art. 455 que trata da subempreitada.

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

Durante muito tempo, essa foi a única regra prevista sobre o tema; até a edição do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa e deu outras providências. Em seu art. 10, § 7º, o decreto incentivou a ampliação do fenômeno da terceirização, pois tinha o objetivo de descentralizar as atividades da Administração Pública.

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

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

No entanto, essa descentralização só foi regulamentada pelo art. 3º, parágrafo único, da Lei n.º 5.645 de 10 de dezembro de 1970, que estabeleceu diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e deu outras providências.

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

(...)

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967³².

Na sequência, a terceirização foi estendida ao setor privado pela Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas. Essa lei já previa a necessidade de aplicação do princípio da isonomia, bem como o dever de garantia de pagamento de todas as verbas trabalhistas tal qual o empregado efetivo.

Além disso, permitia somente contratos de curta duração, três meses com possibilidade de prorrogação por mais três meses.

A intenção da lei foi atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular ou permanente ou aos acréscimos extraordinários de produção.

Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

(...)

Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do

³²O parágrafo único do referido artigo foi revogado posteriormente pela Lei nº 9.527, de 1997.

Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.

A referida lei, no entanto, regulava somente a terceirização dos contratos temporários e não fazia qualquer menção aos demais casos que surgiriam.

Assim outras leis vieram e impulsionaram a regulamentação do setor privado, como a Lei nº 7.102/1983, importante marco para a terceirização por trazer a previsão da terceirização permanente ao tratar da segurança para estabelecimentos financeiros, e da exploração particular de serviços de vigilância e de transporte de valores; e, posteriormente, a Lei nº. 8.863/1994 que alterou a lei anterior e aumentou o alcance da norma, permitindo a terceirização para todo o tipo de vigilância patrimonial de qualquer instituição ou estabelecimento público ou privado.

Já na esfera judicial, a evolução da terceirização se deu por meio das súmulas editadas pelo TST.

O Tribunal Superior do Trabalho – TST –, em razão da inexistência de regulamentação do tema no ordenamento jurídico brasileiro e com a percepção de que o objetivo da terceirização era a busca de melhores resultados empresariais editou, em 1986, a Súmula nº. 256, *in verbis*:

Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância – Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

O TST não admitia a terceirização por entender que o trabalhador tinha direito à sua inserção no desenvolvimento da empresa, no lucro que advém do trabalho, bem como pelo fato de que a intermediação, geralmente, ultrapassava os limites de 90 dias, e, assim, haveria a formação da relação de emprego diretamente entre o trabalhador e a empresa contratante principal.

Essa súmula foi muito criticada por não assegurar a livre iniciativa das empresas, por ser da União a competência para legislar sobre o tema e pelo fato de fazer letra morta os contratos de Direito Civil, como os relativos à locação de serviços e os de empreitada.

Ainda, para complementar a discussão sobre a súmula, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 37, II, a vedação de reconhecimento de vínculo empregatício com a Administração Pública, sem prévia aprovação em concurso público, limitando, assim, a eficácia plena da súmula.

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

(...)

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

Dois anos depois, foi editada a Lei n° 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que em seu art. 15º, § 1º, igualou o empregador formal ao tomador de serviços.

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei n° 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei n° 4.749, de 12 de agosto de 1965.

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

No ano seguinte foi editada a Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio que igualou as empresas prestadoras de serviços às tomadoras para fins de recolhimento previdenciário e determinou:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão

da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados.

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante.

§ 6º Em se tratando de retenção e recolhimento realizados na forma do caput deste artigo, em nome de consórcio, de que tratam os arts. 278 e 279 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplica-se o disposto em todo este artigo, observada a participação de cada uma das empresas consorciadas, na forma do respectivo ato constitutivo.

Diante da evolução legislativa, a restrição aos serviços terceirizados prevista na súmula 256 do TST já não mais se sustentava, uma vez que a prática já estava consolidada como técnica administrativa das empresas, tanto no setor público, como no setor privado.

Ainda, a Súmula 256 do TST, além do art. 37, II, ofendia diretamente o inciso XIII do art. 5º da Constituição, o qual assegura a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelece, motivo pelo qual, em 1993, a referida Súmula foi cancelada. Em seu lugar foi editada a Súmula 331.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Um ano depois da edição da súmula, a Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994, acrescentou ao art. 442 da CLT o parágrafo único para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados, nos mesmos termos do já disposto no art. 90³³ da Lei nº 5.764/71.

Parágrafo único. 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.

Mesmo após a edição da Súmula 331 do TST, foi editada a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, que em seu art. 94 autoriza a concessionária dos serviços de telecomunicações a contratar com terceiros a prestação de serviços de sua atividade-fim sem que isso seja reputado ilegal.

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

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

³³Art. 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.

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

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

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

Em 2000, a Súmula 331 do TST foi alterada para fazer constar em seu inciso IV, de modo expresso, o Poder Público dentre os tomadores do serviço.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

A primeira versão da súmula não tratava expressamente do Poder Público. No entanto, a jurisprudência trabalhista considerava a Administração Pública implicitamente inserta no dispositivo da súmula, quando tomadora do serviço, e assim, na prática, considerava inconstitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 – que veda sua responsabilização em razão de inadimplência de encargos trabalhistas – e imputava responsabilidade sem respaldo legal.

Em que pese a alteração da súmula, a responsabilidade da Administração Pública e a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, continuaram a ser debatidas até o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC – nº 16, em 2010, que declarou o artigo constitucional e ressalvou a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento de verbas trabalhistas de empresa contratada.

Diante desse posicionamento, em 27 de maio de 2011, o TST modificou novamente a redação da Súmula 331, alterando o inciso IV e inserindo outros dois incisos:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A redação de 2011 da Súmula 331 do TST é a que está em vigor até os dias de hoje. Somente recentemente duas novas leis trataram sobre o tema “terceirização”.

A primeira é a Lei de Integração, Lei nº 13.288, de 16 de maio de 2016, que dispõe sobre os contratos de integração, de obrigações e de responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e integradores. Em seu art. 2º, § 3º, afirma não haver relação de emprego entre integrador e integrado, seus prepostos ou empregados.

§ 3º A integração, relação civil definida nos termos desta Lei, não configura prestação de serviço ou relação de emprego entre integrador e integrado, seus prepostos ou empregados.

A mais recente é a chamada "Lei do Salão Parceiro", que legaliza a contratação de pessoas jurídicas para a prestação de serviços em salão de beleza.

A Lei nº 13.352 de 2016 altera a Lei nº 12.592, de 18 de janeiro 2012, para dispor sobre o contrato de parceria entre os profissionais que exercem as atividades de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador e pessoas jurídicas registradas como salão de beleza. A lei desobriga a contratação de profissionais de beleza no regime CLT e foi sancionada dia 27 de outubro de 2016 pelo presidente da República, Michel Temer.

A parceria entre o salão e o profissional, conforme o projeto, não resultará em relação de emprego ou de sociedade entre os envolvidos. O acordo poderá ser desfeito a qualquer momento, desde que solicitado com aviso prévio de 30 dias.

“Art. 1º-A. Ficam reconhecidas, em todo o território nacional, as figuras do “salão-parceiro”, detentor dos bens materiais necessários ao desempenho das atividades profissionais de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicuro, Depilador e Maquiador; e do “profissional-parceiro”, que exercerá as citadas atividades profissionais, mesmo que constituído sob a forma de empresa.

§ 1º - O “salão-parceiro” será responsável pela centralização dos pagamentos e recebimentos decorrentes dos serviços prestados pelo “profissional-parceiro”, devendo repassar-lhe percentual do valor efetivamente pago pelo cliente final do “profissional-parceiro”.

§ 2º - Para todos os fins, em especial os tributários, o “salão parceiro” e o “profissional-parceiro” deverão recolher os tributos exclusivamente sobre a parcela da receita bruta que efetivamente lhes couberem, com a exclusão da receita que for direcionada ao outro parceiro.

§ 3º - O “salão-parceiro” e o “profissional-parceiro” farão expressa adesão ao modelo de parceria desta lei, mediante ato escrito, firmado perante duas testemunhas, o qual será informado aos órgãos de tributação, na forma das disposições a serem editadas pela Receita Federal.

§ 4º - As partes poderão requerer a exclusão da condição de “salão-parceiro” e de “profissional-parceiro”, desde que façam o pedido com aviso prévio de 30 dias.

§ 5º - O “profissional-parceiro” não terá relação de emprego ou de sociedade com o “salão-parceiro”, enquanto perdurar a relação de parceria tratada nesta lei.

Com efeito, exceto nos casos em que a terceirização na atividade-fim é permitida, como o trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), os serviços de segurança, vigilância e transporte de valores (Lei 7.102/1983), subempreitada (art. 455 da CLT), os serviços de telecomunicações (Lei nº 9.472/97), e agora com a Lei do Salão Parceiro (PL-5230/2013), a licitude da terceirização fica limitada à atividade-meio, tida como aquela que se refere ao apoio ou suporte para o desenvolvimento da atividade principal, nos termos da Súmula 331

do TST que, desde sua edição, e após suas revisões em 2003 e 2011, ainda é o único parâmetro que trata sobre a terceirização trabalhista na ordem jurídica brasileira que regula o instituto de maneira genérica e ampla e, por isso, também é criticada, pois legisla e divide as atividades em regulares ou irregulares, mais especificamente, em atividades-meio e atividades-fim.

2. A dicotomia entre a atividade-meio e a atividade-fim

Na prática, a Súmula 331 do TST autorizou de maneira geral a terceirização, desde que preenchido o requisito de finalidade da atividade, se fim ou meio.

A doutrina e a jurisprudência convencionaram, por hábito, nominar as terceirizações como lícitas ou ilícitas com base no disposto na Súmula 331 do TST.

Antes, entretanto, de adentrarmos ao tema, é importante destacar que apesar de habitualmente utilizada, a denominação de terceirização lícita/ ilícita não é a mais correta.

Ilícito é tudo aquilo não permitido pela lei, ética ou moral, ou seja, relativo à ilegalidade, o que é proibido. Assim, diante da inexistência de norma legal que regulamente a terceirização e proíba a utilização do instituto, hoje regida apenas por súmula jurisprudencial do TST – que não possui poder legislativo – é incorreta sua denominação como ilícita, mesmo que para fins de responsabilidade civil.

Diante desse conceito, utilizaremos os termos regular e irregular para tratar a terceirização e sua aplicação conforme disposto na Súmula 331 do TST.

Feita essa ressalva, nos termos da Súmula 331 do TST, são consideradas regulares as terceirizações previstas no inciso III, ou seja, serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado ensina:

Isso significa, na verdade, que a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados³⁴.

³⁴DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed., cit., p. 469.

A Súmula 331 do TST faz a ressalva, no entanto, da subordinação e da personalidade no contrato de trabalho temporário, posto que nesse tipo de contrato o trabalhador efetivamente fica inserido no contexto da empresa tomadora, substituindo o empregado regular e permanente, ou seja, nesse caso específico a lei autoriza, pelo período do contrato temporário, a integração do trabalhador na dinâmica da empresa tomadora dos serviços.

Por outro lado, são consideradas irregulares as contratações previstas no inciso I, assim consideradas as contratações de trabalhadores por empresa interposta, que acarreta vínculo direto com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário.

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

Assim, excluídas as situações especificadas nos parágrafos acima, todas as demais hipóteses de terceirização são consideradas irregulares.

Presentes os cinco elementos da relação de emprego (trabalho prestado por pessoa física, não eventual, subordinado, oneroso e de forma pessoal) estará caracterizada a intermediação de mão-de-obra e a consequente irregularidade da terceirização. Estes elementos podem ser encontrados nos art. 2 e 3 da CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Nesse sentido, o conceito, definido pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST – estabelece que as empresas não podem delegar a outra empresa o que pode ser considerado seu o foco principal de negócio, tratando toda terceirização como intermediação de mão-de-obra.

A falta de uma definição clara e legal de quais são as atividades que comportam a terceirização, a exemplo do conceito de atividade inerente preconizada no artigo 25, § 1º³⁵

³⁵Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

da Lei nº. 8.987/95, bem como a definição de atividades-fim e meio inscritas na Súmula 331 do TST, instigam dúvidas sobre a aplicação da lei ante a fragilidade dos conceitos que confundem os agentes e operadores do direito.

Essa indefinição tem causado insegurança jurídica, conflitos de interpretação e judicialização de contratos de prestação de serviços ou fornecimento de bens. Isso se dá especialmente pelo fato de hoje as empresas possuírem diversos objetivos, vários objetos sociais, e da realidade do mercado globalizado em que cada dia mais, para se conseguir concorrer em um mercado competitivo, é exigida a prestação de serviços de outras empresas que oferecem os mesmos serviços com mais qualidade e em menor tempo.

Não se discute o fato de a intermediação de mão-de-obra muitas vezes servir como subterfúgio para fraudes trabalhistas. O que se discute é a generalização e a existência de reais contratos de prestação de serviços.

Além disso, a imputação de conduta ilícita, com autuações do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE –, fiscalizações pelo Ministério Público do Trabalho – MPT – e condenações pela Justiça do Trabalho sem uma lei que proíba a terceirização ou que, ao menos, a regule e, assim, a torne ilícita, tem gerado muita reclamação da classe empresarial, diante da insegurança jurídica vivenciada.

Tanto é que assim que a definição de parâmetros para a identificação do que representa a atividade-fim, do ponto de vista da possibilidade de terceirização regular, é o tema discutido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713.211³⁶, que teve repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Luiz Fux.

O caso em questão trata de contrato celebrado por uma empresa de celulose e uma empresa especializada em reflorestamento, não havendo que se falar em intermediação de mão-de-obra, mas contrato de prestação de serviços entre empresas.

Discute-se na ação os contratos firmados entre empresas e o cerceamento de direitos fundamentais como a livre iniciativa e a propriedade com base em definição trazida pela Súmula 331 do TST.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

³⁶Processo entrou na pauta de julgamento do dia 09.11.2016. A sessão foi encerrada sem julgar o recurso. Julgamento será reagendado.

Na manifestação de repercussão geral, o STF reconhece que a delimitação das hipóteses de terceirização diante do que se compreende por atividade-fim é matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE.

1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.

2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.

3. O *thema decidendum*, in casu, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.

4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, ex vi art. 543, CPC³⁷.

José Pastore e José Eduardo G. Pastore, por sua vez, alegam que o esforço para se definir atividade-fim não é necessário por tratar-se de tarefa impossível diante da realidade dinâmica das relações empresariais.

A questão da impossibilidade de se definir o que vem a ser a atividade-fim da empresa se dá porque o direito do trabalho tenta conceituar fenômeno que lhe é estranho por ser tipicamente econômico e extremamente dinâmico. O que é hoje a atividade-fim de uma empresa pode ser amanhã sua atividade-meio, e vice-versa. Não prospera, portanto, no direito do trabalho o esforço no sentido de se identificar o que vem a ser atividade-fim de uma empresa, visto ser essa tarefa simplesmente impossível - e desnecessária, como acima indicamos.³⁸

³⁷STF. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 713.211, Relator Ministro Luiz Fux. Data 15.05.2014.

³⁸PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. O papel da terceirização na economia moderna. In: PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafio para o direito*, cit., p. 34.

Conforme ensinam os autores citados, a atividade empresarial é dinâmica e sofre influências dos aspectos tecnológicos, da produtividade, da eficiência de gestão e de vários outros elementos que são estranhos ao direito do trabalho³⁹, sendo a atividade-fim um método ineficiente para ser configurar a ilicitude da terceirização.

A natureza dos negócios de hoje em dia é mutável. Exemplo disso é a empresa Nike, fabricante mundial de artigos esportivos, que tem como sua atividade principal hoje a concepção, o design, o marketing e a administração de franquias de seus produtos⁴⁰.

O ideal é considerar os aspectos sociais e econômicos, sem se deixar de lado a dignidade dos que executam o trabalho terceirizado.

3. Atividade inerente

Inerente é aquilo que está unido ou é próprio a uma pessoa ou coisa. É aquilo que é inseparável, específico e pode servir para caracterizar algo ou alguém.

Nesse sentido, a atividade inerente é aquela que está intimamente ligada à atividade principal de uma empresa, ou seja, seu objetivo ou função essencial.

A Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos estabelece textualmente no artigo 25, § 1º que as atividades inerentes podem ser terceirizadas.

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Da análise do artigo acima, verifica-se que o que o § 1º permite não é a subconcessão, mas a subcontratação de serviços, ou seja, a terceirização feita pela concessionária.

³⁹PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafio para o direito*, cit., p. 8.

⁴⁰ PORTO, Edson. Por dentro do Planeta Nike. *Época Negócios*, 28 dez. 2009. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT113186-16380,00.html>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

A norma específica permite que em vez de exercer diretamente todas as atividades ligadas ao contrato de concessão, a concessionária pode contratar terceiros para realizar determinadas atividades.

A empresa contratada com fundamento no artigo 25, § 1º, não assume a gestão do serviço público, mas apenas a execução de atividades ligadas ao serviço público, por meio de contrato de prestação de serviços (empreitada). É uma forma regular de terceirização.

No entanto, no âmbito da Justiça do Trabalho, tem sido feita uma correlação entre a norma do artigo 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95 e a Súmula 331 do TST, discutindo-se se atividade inerente se confunde com a atividade-fim.

Ocorre que o conceito de atividade inerente é mais amplo do que o da atividade-fim trazido pela Súmula 331 do TST.

Conforme disposto no artigo 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95, o que se autoriza textualmente é a terceirização de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados ao serviço concedido, enquanto a Súmula 331, II do TST admite apenas a terceirização das atividades-meio da empresa tomadora de serviço.

Outrossim, é válido notar que nem sempre a atividade inerente ao serviço concedido se confunde com a atividade-fim da concessionária. Porém, para a Justiça do Trabalho, o que interessa verificar é se a subcontratação permitida pela lei de concessões constitui atividade-fim ou atividade-meio da tomadora do serviço para fins de aplicação da Súmula 331, do TST.

Com a lei de Telecomunicações não é diferente. A Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, em seu art. 94, autoriza a concessionária dos serviços de telecomunicações a contratar com terceiros a prestação de serviços de sua atividade-fim sem que isso seja reputado ilegal.

Contudo, assim como na lei de concessões, a terceirização da lei de telecomunicações também vem sendo relacionada ao conceito de atividade-fim da Súmula 331 do TST.

A Lei nº 9.472/1997 também dispõe textualmente que a concessionária poderá contratar com terceiros as atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. Não há limitação ao objeto da concessão.

No entanto, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é pacífica no sentido de reconhecer a ilicitude da terceirização com fundamento nas Leis nº 8.987/95 e 9.472/1997 sob o argumento de que inexistente autorização legislativa para a terceirização ampla e irrestrita, devendo as empresas de telecomunicações observarem o disposto na Súmula 331 do TST, não podendo, portanto, haver a terceirização da atividade-fim.

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. TÉCNICO DE INSTALAÇÃO DE REDES ELÉTRICAS. ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CARACTERIZAÇÃO.

Cinge-se a controvérsia a estabelecer a possibilidade ou não de terceirização, por parte das empresas de telecomunicações, de serviços que sejam considerados atividades-fim, ante os termos dos arts. 25 da Lei n.º 8.987/95 e 94, II, da Lei n.º 9.472/97. Ao contrário da interpretação conferida pelas empresas aos indigitados dispositivos legais, inexistente autorização legislativa para a terceirização ampla e irrestrita. Desse modo, a terceirização levada a efeito pelas empresas de telecomunicações deve, necessariamente, atender às disposições insertas na Súmula n.º 331, I e III, deste Tribunal Superior, que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. Esse entendimento permanece firme, mesmo após os amplos debates encetados quando da audiência pública sobre o assunto. Nesse contexto, não podendo haver a terceirização de atividade-fim pelas empresas de telecomunicações, deve ser reformada a decisão regional, a fim de ser reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a tomadora dos serviços. Estando a decisão de acordo com o entendimento desta Corte, não se conhece da Revista, ante o disposto no artigo 896, § 7.º, da CLT. Recurso de Revista não conhecido.⁴¹

Assim, mesmo diante de disposição legal expressa, existem hoje inúmeras demandas trabalhistas envolvendo a discussão sobre a licitude ou não da terceirização nos moldes das Leis nº 8.987/95 e 9.472/1997 sob o argumento da posição jurisprudencial do TST e a sua não observação das regras específicas dispostas nas referidas leis e a limitação da terceirização de atividade-fim das concessionárias de telefonia, especialmente do serviço desenvolvido em centrais de *call center*.⁴²

⁴¹ TST - RR: 433006620125170010, Relator: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: 14/08/2015. No mesmo sentido: TST - RR: 961004820095030113, Relator: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: 28/03/2014 e TST - RR: 10159820105030113, Relator: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: 09/08/2013.

⁴² Nesse sentido: TST - RR: 9676320105030106 967-63, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: 15/02/2013. TST - RR: 875004420095030014, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: 27/04/2012. TST - E-ED-RR: 2201620105030106, Relator: João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 18/10/2013. TRT-6 229542011506 PE, Relator: Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura, Data de Publicação: 27/09/2012.

Em razão do conflito gerado pela instabilidade dos julgados em matéria de terceirização de serviços de telecomunicação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário, ARE 791.932, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, a repercussão geral sobre o tema para apreciar se a terceirização dos serviços complementares, acessórios ou inerentes são de fato atividades-fim das empresas de telefonia.

O processo que deu origem ao reconhecimento da repercussão geral foi uma reclamação trabalhista ajuizada por uma atendente contratada por empresa prestadora de serviços de *call center* para atuar em concessionária de serviço de telefonia.

A contratação dos serviços foi efetuada nos termos do art. 94, II, da Lei nº 9.472/1.997 e foi considerada irregular, pela Justiça do Trabalho, inclusive no TST, com base no disposto na Súmula nº 331 do TST.

A empresa prestadora de serviços, condenada solidariamente com a concessionária, interpôs recurso extraordinário em face da decisão final do TST, que teve seu seguimento negado, na origem.

Ainda no TST, o Agravo interposto teve seu provimento negado, sob o fundamento de inexistência de matéria constitucional com repercussão geral a ser analisada.

A empresa prestadora de serviços, impossibilitada de levar sua demanda ao STF, ajuizou uma reclamação, sob a alegação de que o TST, ao assim proceder, teria usurpado a competência do Supremo Tribunal Federal para se manifestar sobre a existência de repercussão geral.

Diante da inexistência de decisões colegiadas sobre a questão constitucional com repercussão geral a ser enfrentada, o Ministro Teori Zavascki deu provimento à reclamação, determinando que os autos subissem para análise.

O Ministro Relator utilizou-se de dois argumentos para sua decisão. O primeiro, com relação ao tema tratado no recurso extraordinário, foi o de que não houve rejeição ou reconhecimento expresso de repercussão geral pelo TST, nos termos do art. 102, parágrafo 3º⁴³, da Constituição, ao examinar no juízo de admissibilidade, bem como do Regimento

⁴³Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...).§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Interno do STF que exige deliberação colegiada para o não reconhecimento de recurso em função da inexistência de repercussão geral.

O segundo argumento refere-se, primordialmente, ao fato de que a maioria dos julgados entende pela não aplicação no disposto na Lei 9.487/97 e, em consequência, o TST acaba por negar a vigência do art. 97⁴⁴ da Constituição Federal, que trata do Princípio da Reserva de Plenário e do teor da Súmula Vinculante n° 10⁴⁵.

No caso, entendeu o Relator que:

(...)

6. Todavia, o recurso merece ser conhecido pela alegada ofensa ao art. 97 da Constituição. Realmente, a questão constitucional mais enfatizada no recurso extraordinário é a da ofensa ao princípio da reserva de plenário, previsto no art. 97 da Constituição e na Súmula

Vinculante 10, em face da não-aplicação, pelas instâncias de origem, do art. 94, II, da Lei 9.472/97, que assim dispõe:

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

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

7. Como se vê, a questão possui repercussão geral do ponto de vista jurídico, já que envolve a declaração ou não de inconstitucionalidade do citado art. 94, II, da Lei 9.472/97. Além disso, a matéria transcende os limites subjetivos da causa, eis que questão semelhante está reproduzida em inúmeras demandas, muitas delas já em fase de recurso no STF.

8. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada.⁴⁶

O STF, assim como na repercussão geral do ARE 731.211 que trata da definição da atividade-fim, tem em suas mãos a difícil missão de esclarecer a diferença fundamental entre a intermediação de mão-de-obra do contrato de prestação de serviços, considerando os critérios históricos, legais, econômicos e sociais brasileiros e mundiais.

⁴⁴Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁴⁵Súmula Vinculante 10 do STF: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

⁴⁶STF. Agravo em Recurso Extraordinário. ARE 791.932. Relator Ministro Teori Zavascki. Data 30.05.2014.

4. Especialização

A terceirização é um método de administração de empresa e visa aumentar sua eficiência produtiva, sua competitividade no mercado e sua geração de lucro e renda.

Para atingir suas metas, as empresas associam a terceirização à geração de emprego e à especialização das diferentes cadeias produtivas.

Adam Smith, já em 1776, falava da necessidade de divisão do trabalho em tarefas atomizadas e especializadas como forma de evolução da atividade econômica e da economia de mercado.

Daniel R. Fusfeld⁴⁷ destaca que:

Segundo Smith, a *especialização* na produção e a divisão do trabalho repousam sobre uma inerente “propensão humana para permutar, trocar ou intercambiar uma coisa com outra”. Somente os homens demonstram essa propensão: “ninguém nunca viu um cão fazer uma troca justa e deliberada com outro cão, de um osso por outro”. Ademais, a mesma tendência psicológica que leva as pessoas a trocar, dando origem assim, à especialização, também as tornam dependentes umas das outras, e, conseqüentemente, engendra a complexa estrutura social da economia de mercado.

A súmula 331 do TST, inclusive, prevê essa necessidade em seu inciso III:

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

No entanto, nos termos da súmula, admite-se a terceirização de serviços especializados, desde que ligados à atividade-meio e inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. Define, assim, as peculiaridades, mas restringe o exercício efetivo da terceirização.

A ideia inicial da especialização era que a empresa conservava as atividades ínsitas à sua existência, concentrando nelas seus esforços e repassando a empresas tecnicamente especializadas atividades acessórias e periféricas, o que resultaria na melhora de seu produto; porém, como já exposto anteriormente, a atividade empresarial é dinâmica e o mercado competitivo.

⁴⁷FUSFELD, Daniel R. *A era do economista*. Tradução Fábio D. Waltenberg. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 47.

Por essa razão, muitas empresas vêm se utilizando de prestação de serviços especializados relacionados ao seu objeto social para uma produção de forma estratégica e otimizada.

José Pastore e José Eduardo G. Pastore citam, como exemplo, as obras de construção civil:

As obras de construção são feitas por etapas, de forma sequenciada, com o uso de equipamentos e mão-de-obra específica para cada uma delas, como é o caso da terraplanagem, fundação, estrutura, alvenaria, eletricidade, hidráulica, pintura, vidraçaria, acabamento e várias outras. Algumas dessas etapas se sucedem; outras coincidem. Uma eventual contratação de quadro de pessoal único implicaria enorme ociosidade e grande elevação do custo da produção para o construtor e do preço para os consumidores. A contratação de serviços especializados contorna essa desvantagem e coloca as empresas em condições de competir. A contratação dos vários serviços da construção civil e pesada, em sua maioria, se dá na área produtiva⁴⁸.

Observa-se que todas as atividades elencadas na citação acima estão relacionadas à atividade-fim da tomadora, relacionadas à engenharia e à construção, mas não deixam de ser especializadas.

Outro exemplo é o abate pelo método Halal⁴⁹, utilizado pelas frigoríficos que exportam seus produtos para o mercado muçumano.

Nesse mercado apenas os alimentos Halal são permitidos para o consumo dos muçulmanos, que são os obtidos de acordo com os preceitos e as normas ditadas pelo Alcorão e pela Jurisprudência Islâmica. Animais como os bovinos, caprinos, ovinos e frangos podem ser considerados Halal, desde que sejam abatidos segundo os Rituais Islâmicos (Zabihah).

Franciele Charro esclarece:

De acordo com as exigências das Embaixadas dos países islâmicos, o abate Halal deve ser realizado em separado do não-halal, sendo executado por um muçumano mentalmente sadio, conhecedor dos fundamentos do abate de animais no Islã. As normas básicas a serem seguidas para o abate halal são estas: serão abatidos somente animais saudáveis, aprovados pelas autoridades sanitárias e que estejam em perfeitas condições físicas; a frase “Em nome de Alá, o mais bondoso, o mais Misericordioso” deve ser dita

⁴⁸PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. O papel da terceirização na economia moderna, cit., p. 21.

⁴⁹Halal, em árabe, significa “legal” ou “permitido”. O termo é usado para descrever várias facetas da vida que são permitidas pelas leis da Allah (Deus), entre elas relacionadas à alimentação.

antes do abate; os equipamentos e utensílios utilizados devem ser próprios para o Abate halal⁵⁰.

Os muçulmanos somente aceitam importar proteína animal do Brasil se a empresa produtora atestar junto à Federação das Associações Muçulmanas do Brasil que o abate dos produtos foi feito conforme princípios Islâmicos, a fim de que aquela Federação possa emitir o competente Certificado de Abate Halal.

Este contrato é firmado com uma empresa especializada, tendo em vista que os países muçulmanos não aceitam uma certificação emitida pela própria empresa fornecedora e, por esta razão, a atividade é realizada através da prestação de serviços, capaz de emitir o competente certificado.

O referido procedimento, como é cediço, possui especificidades que são absolutamente incomuns à cultura brasileira, sendo certo, ainda, que inexistem profissionais no país aptos ao exercício desta atividade de certificação, o que caracteriza a natureza especial dos serviços prestados.

Todos os procedimentos são tomados em razão exclusiva da fé, que neste caso é elemento essencial e absolutamente intrínseco à atividade do abate Halal, de forma que não é possível sua constituição por trabalhadores outros que não os que professam a religião islâmica.

Essas exigências são universais, ou seja, qualquer empresa, de qualquer nacionalidade, que, porventura, queira exportar alimentos de origem animal a países muçulmanos, deve necessariamente observar as regras do abate Halal.

A rigidez na observância de tais procedimentos é levada tão a sério que toda a estrutura da indústria deve ser voltada para a Meca, havendo uma fiscalização rígida e constante quanto a tais elementos.

O Certificado Halal hoje é visto como uma certificação de qualidade e vislumbra a produção de produtos seguros e que tragam benefícios à saúde de quem os consome.

A mesma especificidade se verifica no abate Kosher⁵¹, em que todo o processo é feito no frigorífico sob a supervisão de um Rabino, que garante que o alimento. Os produtos

⁵⁰CHARRO, Franciele. Abate Hahal. *InfoEscola*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/zootecnia/abate-halal/>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

⁵¹Kosher significa “próprio ou correto”. É o termo usado para descrever o alimento permitido de acordo com as leis alimentares judaicas.

Kosher também possuem um selo que certifica que todo o processo para a produção do alimento seguiu as exigências da Torá⁵².

Tanto no caso do abate Halal como no Kosher, a especialização se dá em razão da fé.

No setor elétrico a contratação de serviços especializados ocorre tanto na geração quanto na transmissão e na distribuição de energia. Esses contratos são firmados por meio de concessionárias de energia elétrica.

As empresas de papel e celulose também se utilizam de empresas especializadas, não só nos serviços de apoio, como também para os serviços relacionados à produção florestal, como a limpeza do terreno, corte das árvores, preparo do solo, plantio, manejo, transporte, entre outros.

O setor automobilístico pode ser considerado o exemplo mais clássico da terceirização pelo critério da especialização, especialmente pelo método de produção toyotista. Esse setor avança na terceirização, inclusive, nos serviços de gestão e governança corporativa e nos serviços de engenharia de produtos e de processos.

Como visto, a desverticalização das empresas é nítida e há uma premente necessidade de especialização por uma evidente busca da eficiência econômica. A inovação tecnológica encontra na especialização uma aliada para garantir maior eficiência, maior tecnologia e tarifas mais baratas que se traduzem em competitividade.

No entanto, encontra óbice na súmula 331 do TST que não reconhece como válidas essas terceirizações.

Também por isso, e com base no fundamento de inexistência de critério científico para delimitar serviços ou funções que dizem respeito, ou não, à atividade-meio/fim, é que o Projeto de Lei 4.330 de 2004, a ser analisado em outro capítulo, que visa regulamentar o instituto da terceirização, se utiliza do critério de especialização da prestadora de serviços como requisito essencial para a terceirização, justamente para coibir a fraude e o mero fornecimento de mão-de-obra.

É certo que o instituto da terceirização é permitido, possibilitando uma maior especialização da prestação de serviços, de bens e de produtos. Por outro lado, a

⁵²HALAL e Kosher. *Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carnes - ABIEC*. Disponível em: <http://www.abiec.org.br/3_hek.asp>. Acesso em: 02 nov. 2016.

jurisprudência⁵³ assevera que essa terceirização/especialização não pode ser levada a extremos, sob pena de admitir que a empresa tomadora de serviços se torne apenas uma abstração legal, sem nenhuma atividade desenvolvida por ela diretamente.

5. Terceirização na administração pública

Assim como no setor privado, a terceirização é utilizada pela administração pública de maneira irregular, por meio de contratos de prestação de serviços sem a respectiva realização de processo licitatório. No entanto, diferentemente do que ocorre na iniciativa privada, a contratação de trabalhador mediante empresa interposta não gera vínculo de emprego diretamente com a administração pública, de acordo com o que dispõe a Súmula 331, II do TST:

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

Isso porque a contratação de trabalhador sem concurso público pela administração pública direta e indireta é nula, nos termos do art. 37, II, § 2º da Constituição Federal, Súmula 363 do TST e Súmula 685 do STF.

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

(...)

§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Súmula nº 363 do TST - CONTRATO NULO. EFEITOS - A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Súmula nº 685 - É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

⁵³ TRT-24- RO 00003853120125240002, Relator: Márcio V. Thibau de Almeida, 1ª Turma, Data de Publicação: 07/07/2014. No mesmo sentido: TRT-5 - RO 186003620055050194, Relator: Vânia Chaves, 1ª Turma, Data de Publicação: 20/02/2006

De fato, como já destacado em capítulo anterior, o Decreto-Lei nº 200/1967 já trazia em seu artigo 10, parágrafo 7º, menção à matéria:

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

Como se observa, a Constituição impôs a aprovação prévia em concurso público para investidura em cargo ou emprego público, considerando nulo o ato de admissão sem a observância deste requisito. Assim, ainda que irregular a terceirização, torna-se inviável o reconhecimento do vínculo empregatício com a administração pública.

Mauricio Godinho Delgado esclarece que:

Nesse quadro constitucional, torna-se inviável, juridicamente, acatar-se a relação empregatícia com entidades estatais mesmo em situações de terceirização ilícita, já que, nesse caso, o requisito formal do concurso público não terá sido cumprido (art. 37, II, e 2º, CF/88). Para a Constituição, a forma passou a ser, portanto, da essência do ato de admissão de trabalhadores em entes estatais (arts. 82, 130 e 145, III, Código Civil de 1916; arts. 104, III e 166, IV, V e VII, Código Civil de 2002).

O que pretendeu a Constituição foi estabelecer, em tais situações, uma garantia *em favor de toda a sociedade*, em face da tradição fortemente patrimonialista das práticas administrativas públicas imperantes no país. Tal garantia estaria fundada na suposição de que a administração e patrimônios públicos sintetizam valores e interesses de toda a coletividade, sobrepondo-se, assim, aos interesses de pessoas ou categorias particulares.⁵⁴

A vedação constitucional, de reconhecimento de vínculo com a administração pública mesmo em contratos de terceirização irregular, absorvida pela Súmula 331 do TST, ainda não encontra posicionamento pacífico na jurisprudência, haja vista a falta de respostas a indagações relevantes sobre seus efeitos. Três são as correntes interpretativas.

A primeira, mais extremista, entende como inconstitucional a prática de terceirização pela Administração Pública, pois afrontaria o preceito constitucional citado.

⁵⁴DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed., cit., p. 473.

Para essa corrente, uma vez que a terceirização irregular não gera reconhecimento de vínculo para com a administração pública, também não gera qualquer benefício trabalhista em favor do empregador terceirizado.

A segunda corrente interpretativa atua no sentido oposto e sustenta que a prática irregular da terceirização não poderia beneficiar o economicamente favorecido, entidade estatal, considerando válido o vínculo jurídico do tomador de serviços (administração pública) com o trabalhador terceirizado desde o início da relação socioeconômica.

A terceira corrente interpretativa adota uma posição intermediária entre as posições anteriores. Não afasta e não nega a efetividade do comando Constitucional, mas compatibiliza a vedação constitucional com os demais princípios e regras constitucionais. Pauta-se pela isonomia no núcleo da relação jurídica pactuada e afasta os efeitos discriminatórios tentados pela terceirização.

Nesses termos, são devidas ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas que seriam devidas ao empregado estatal direto que cumpre a mesma função no ente estatal tomador dos serviços.

Vale esclarecer que devidas somente as verbas trabalhistas, sem, contudo, ser devida a retificação em CTPS, já que expressa a vedação constitucional.

Para essa corrente, os direitos trabalhistas são garantidos pela possibilidade de responsabilização da Administração Pública nos casos em que deixar de fiscalizar culposamente o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada.

A jurisprudência do TST também adota a terceira corrente interpretativa:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ISONOMIA SALARIAL - PEDIDO DE SALÁRIO EQUITATIVO DECORRENTE DE ILICITUDE EM TERCEIRIZAÇÃO.

A impossibilidade de se formar o vínculo de emprego com ente da Administração Pública, ante a inexistência de concurso público (art. 37, II e § 2º, da CF, e Súmula 331, II, do TST), não configura óbice ao direito do trabalhador às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumpre função idêntica no ente estatal tomador de serviços, conforme jurisprudência que se consolidou no âmbito desta Corte Superior, a teor da OJ 383 da SBDI-1/TST. Tal entendimento harmoniza a vedação constitucional ao reconhecimento de vínculo empregatício com entidades estatais sem concurso público (art. 37, II e § 2º, CF) com o princípio isonômico (art. 5º, caput e I), afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios resultantes da terceirização. Harmoniza-se, também, com a valorização do trabalho humano, enfatizada, entre outros, nos arts. 1º, IV, 3º, III e 170, caput. Na presente hipótese, verifica-se que a parte Reclamante exercia função de eletricitista

(instalador de linhas elétricas) para a 2ª Reclamada (CELG). Devidos ao Reclamante, portanto, os mesmos benefícios trabalhistas da empresa tomadora de serviços, inclusive os oriundos de normas coletivas eventualmente aplicáveis, nos termos da OJ 383/SBDI-1/TST. Recurso de revista conhecido e provido⁵⁵.

Esse posicionamento é, também, o mais aceito na doutrina, a exemplo de Maurício Godinho Delgado:

O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV do TST. Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, caput, II e parágrafo 2, CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado na Carta de 1988.⁵⁶

A impossibilidade de vínculo direto com a Administração Pública, ante a inexistência de concurso público, nos termos do art. 37, II e § 2º, da CF, e Súmula 331 do TST, não configura, portanto, óbice ao direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumpre função idêntica no ente estatal tomador de serviços.

⁵⁵TST - RR: 28838820135180081, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 04/03/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/03/2015. No mesmo sentido: TST - ARR: 17611020125030011 1761-10.2012.5.03.0011, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/08/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/08/2013 e TST - RR: 9554720105070006, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 11/11/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015.

⁵⁶DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed., cit., p. 476.

CAPÍTULO V. EFEITOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO

1. Isonomia salarial

A isonomia salarial é considerada o tema principal para o tratamento da terceirização e ainda hoje gera grande debate sobre o tratamento entre empregados diretos e terceirizados.

A CLT prevê em seu art. 5º a isonomia salarial e em seu art. 461 e § 1º os requisitos necessários para tanto.

Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

Nota-se que tal princípio é essencial a segurança jurídica dos trabalhadores terceirizados, quando estes se encontram na situação de terceirização irregular. A isonomia serve para assegurar ao trabalhador terceirizado o direito às verbas trabalhistas legais aplicadas aos empregados da empresa tomadora.

A lei de trabalho temporário (Lei 6.019/74), em seu art. 12, alínea “a”, por sua vez, traz que mesmo nas hipóteses por ela regulada é garantido ao trabalhador terceirizado a remuneração equivalente ao do empregado direto do tomador dos serviços e denomina essa isonomia de salário equitativo.

Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

A terceirização não pode criar padrão de contratação inferior àquele que caracteriza o trabalhador submetido a contrato empregatício típico. Assim, a forma terceirizada da contratação não pode obrigar o empregado a receber salário inferior aos outros empregados da tomadora dos serviços. A lei de trabalho temporário sempre assegurou a observância desse tratamento isonômico com o objetivo principal de evitar a discriminação entre os trabalhadores.

Maurício Godinho Delgado, no entanto, considera não caber equiparação salarial ao trabalhador terceirizado, contratado regularmente, por não possuir o mesmo empregador. A isonomia em questão aplicaria-se ao trabalhador irregularmente terceirizado, garantindo a ele todas as verbas trabalhistas previstas na lei e nas normas aplicáveis ao empregado direto.

(...) há regras da própria legislação ordinária que indicam na direção isonômica constitucionalmente determinada: é o que se passa com o art. 12. “a” da lei 6.019/74 (que fixa salário equitativo no trabalho temporário). Ora, tal preceito é plenamente compatível com as demais situações-tipo de terceirização, aplicando-se analogicamente a tais casos (arts. 8º, CLT e 126, CPC): é que se a isonomia impõe-se até mesmo na terceirização temporária, de curto prazo (em que é menor a perversidade da discriminação), muito mais necessária e logicamente ela impor-se-á nas situações de terceirização permanente – em que a perversidade da discriminação é muito mais grave, profunda e constante.⁵⁷

Por outro lado, Sérgio Pinto Martins não considera o cabimento da equiparação salarial aos empregados terceirizados, pois afirma que a regra presente no artigo 12 da Lei nº 6.019/74, que assegura a equivalência salarial, é garantia prevista apenas ao trabalhador temporário, e que não se deve aplicar a analogia para outras situações laborais.

(...)

Essa proibição de diferença de salários tem de ser entendida em relação a empregados de uma mesma empresa, pois em empresas distintas é possível que os respectivos empregados tenham salários diversos, até mesmo diante da previsão da norma coletiva de cada categoria.

(...)

No caso da terceirização, um empregado pertence a empresa prestadora de serviços ou terceirizada e o outro é da empresa tomadora de serviços. Impossível, portanto, ser feita a equiparação salarial, pois os empregadores são distintos.

(...)

No meu entendimento não é possível haver equiparação salarial ou igualdade de salário entre empregado de empresa prestadora de serviços e empregado pertencente à tomadora, pois os empregadores são distintos. A exceção diz respeito ao empregado da empresa de trabalho temporário, que tem de receber a mesma remuneração do empregado da tomadora, com fundamento na alínea a do artigo 12 da Lei nº 6.019/74.⁵⁸

⁵⁷DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed., cit., p. 473.

⁵⁸MARTINS, Sérgio Pinto. Igualdade salarial entre empregado de empresa prestadora de serviços em relação ao da tomadora dos serviços. *Carta Forense*, 04/01/2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/igualdade-salarial-entre-empregado-de-empresa-prestadora-de-servicos-em-relacao-ao-da-tomadora-dos-servicos/6446>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

A jurisprudência do TST flutuou por um tempo. Como exemplo, uma decisão que em suma expõe:

Recurso de revista. Equiparação salarial. Terceirização. Diferenças. A atual jurisprudência da SDI-1 deste Tribunal já decidiu pela possibilidade de isonomia salarial entre os empregados da tomadora de serviços e da empresa terceirizada desde que o terceirizado preste serviços, em atividade-fim, em igualdade de condições com os empregados da tomadora. (E-ED-RR-655028/2000.1, relatora ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 25-05-2007.) Recurso conhecido e provido⁵⁹.

No sentido contrário, o TST, em outro julgamento, entendeu por não assegurar a analogia, ou por não considerar o vínculo da tomadora com o empregado da prestadora de serviços.

TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA - ISONOMIA ENTRE EMPREGADOS DAS EMPRESAS PRESTADORA E TOMADORA DOS SERVIÇOS - IMPOSSIBILIDADE.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, os empregados de empresa prestadora de serviços não têm direito ao recebimento das vantagens salariais inerentes à categoria dos empregados da empresa tomadora dos serviços, em face do princípio da isonomia, quando nem sequer foi reconhecida a existência de vínculo empregatício com a referida tomadora.

2. Com efeito, é possível a responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços (Súmula 331 do TST) pelos direitos trabalhistas não honrados pela prestadora dos serviços, mas sempre tendo por base aqueles próprios da categoria à qual pertence a empresa prestadora, sendo certo que os referidos empregados têm direito apenas às mesmas condições ambientais de trabalho, por laborarem no mesmo local. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido⁶⁰.

Em abril de 2010, no entanto, o TST editou a Orientação Jurisprudencial 383, pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, igualando o salário do trabalhador terceirizado aos empregados das empresas da administração pública, quando estes exerciam as mesmas funções.

OJ-SDI1-383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974

⁵⁹ TST. RR - 854/2005-004-21-00. Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula. 3ª Turma. Data de Publicação: 08/02/2008. No mesmo sentido: TST - E-RR: 814 814/2006-003-03-00.0, Relator: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 04/12/2009.

⁶⁰ TST - RR - 46200-93.2009.5.13.0024, Relatora: Ministra Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, Data de Publicação: 22/10/2010.

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n.º 6.019, de 03.01.1974.

Apesar de a orientação tratar da isonomia na administração pública, a analogia presente no próprio corpo do enunciado passou a ser aplicada pela jurisprudência também às entidades privadas e consolidou o entendimento de que é possível a isonomia salarial entre os empregados da empresa prestadora de serviços e aqueles da empresa tomadora de serviços que exerçam as mesmas funções.

RECURSO DE REVISTA 1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA EM FACE DA CULPA IN VIGILANDO.

1- No caso de ilicitude da terceirização, esta Corte firmou o entendimento no sentido de ser desnecessário perquirir acerca da culpa in vigilando, devendo ser mantida a responsabilidade subsidiária do Ente Público em face da sua conduta ilícita e culposa. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.

2 -ISONOMIA SALARIAL. TERCEIRIZAÇÃO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL ENTRE EMPREGADOS DA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 383 DA SBDI-1. Acórdão do Tribunal Regional em sintonia com a jurisprudência predominante nesta Corte, no sentido de que aos empregados da empresa prestadora de serviços deve ser conferida isonomia de direitos em relação aos empregados da empresa tomadora de serviços, inclusive no que pertine às verbas trabalhistas normativas, conforme prescreve a Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista não conhecido.

3 - DESCONTOS FISCAIS. CRITÉRIO DE CÁLCULO. MÊS A MÊS. Nos termos da Súmula 368, II, do TST, as contribuições fiscais, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, devem ser calculadas mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei n.º 7.713, de 22/12/1988, com a redação dada pela Lei nº 12.350/2010. Recurso de revista não conhecido⁶¹.

⁶¹ TST - RR: 410004220095090663, Relator: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: 26/06/2015.

2. Responsabilidade do tomador dos serviços

A súmula 331 do TST, em seus incisos V e VI, estabeleceu a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço, tanto privado como público, em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte do contratado.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Nos termos da súmula, a responsabilidade do tomador de serviços decorre de ato de terceiro, prestador de serviços, ao deixar de arcar com as verbas trabalhistas, estando o tomador dos serviços obrigado à reparação.

Assim, no caso de inadimplemento do prestador de serviços das obrigações trabalhistas e verificada a sua insolvência, acarreta ao tomador a responsabilidade por tais obrigações.

Na responsabilidade subsidiária, a obrigação não é compartilhada entre o tomador e o prestador de serviços. Há apenas um devedor principal, que é o prestador de serviços e somente na hipótese do não cumprimento da obrigação por parte deste é que o tomador responderá pela obrigação.

Já na responsabilidade solidária, tanto o tomador quanto o prestador dos serviços responderão pelo descumprimento das obrigações.

Cabe esclarecer que a responsabilidade subsidiária disposta na Súmula 331 do TST trata das hipóteses de terceirização regular.

Em que pese a indicação expressa na súmula 331 do TST de que a responsabilidade é subsidiária, é possível encontrar julgados que reconhecem a responsabilidade do tomador dos serviços como solidária. Vejamos.

TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. CONFIGURAÇÃO.

Na terceirização, o tomador de serviços responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa contratada, nos termos da Súmula 331, IV, do TST.⁶²

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR.

Considerando a consagração, pelo Código Civil, da responsabilidade objetiva e solidária dos empregadores e comitentes pela reparação civil dos danos causados por seus prepostos (arts. 932, inc. III, e 933), deve ser mantida a condenação solidária da tomadora de serviços.⁶³

Aqueles que entendem pela aplicação da responsabilidade solidária justificam seu posicionamento no fundamento de que a empresa tomadora de serviços se beneficia da mão-de-obra do trabalhador terceirizado, devendo arcar com os riscos de sua atividade.

Esse também é o argumento para a aplicação da responsabilidade solidária por terceirização irregular – apesar de omissa a Súmula 331 do TST –, lembrando que na hipótese das empresas privadas, ainda, há reconhecimento de vínculo empregatício direto com a empresa tomadora.

Não bastasse a discussão sobre qual o tipo de responsabilidade é aplicável à terceirização, há a discussão sobre a existência da responsabilidade propriamente dita, pois não há qualquer disposição sobre a responsabilidade subsidiária no Código Civil e nos termos do artigo art. 265 do mesmo diploma legal, *a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes*, ou seja, não caberia à Súmula 331 do TST e ao próprio judiciário a determinação de responsabilidade por parte do tomador dos serviços.

Na prática, esses argumentos são desconsiderados sob o argumento de que, ao contratar um prestador de serviços, o tomador deve observar sua idoneidade, tanto no momento da contratação, quanto na fiscalização do contrato, sob pena de incorrer na culpa *in elegendo*⁶⁴ ou *in vigilando*⁶⁵.

Importa destacar que para que a tomadora dos serviços seja responsabilizada, deve ser chamada a lide em litisconsórcio, ou seja, é imprescindível que no ajuizamento da

⁶²TRT-1 - RO: 00105323920145010018 RJ, Relator: Rildo Albuquerque Mousinho de Brito, 3ª Turma, Data de Publicação: 29/06/2015.

⁶³TRT-12 - RO: 0000893-91.2014.5.12.0017, Relator: Jorge Luiz Volpato, 1ª Turma, Data de Publicação: 14/07/2016.

⁶⁴Corresponde a responsabilização imputada em decorrência da má escolha do terceiro que praticou o ato.

⁶⁵Corresponde a responsabilização pelo descumprimento do dever de vigiar a conduta de outrem.

reclamação trabalhista, a tomadora conste no polo passivo da demanda, uma vez que a sentença somente fará coisa julgada às partes do processo, nos termos do art. 506 do CPC⁶⁶, aplicado ao direito do trabalho.

Por sua vez, no setor público, essa sanção é mitigada, posto que trabalhadores somente poderão integrar os quadros da administração pública através de concurso, ressalvadas as hipóteses de trabalho temporário (art. 37, IX) e cargo em comissão (art. 37, II).

Conforme já explanado em capítulo anterior, existem 3 correntes interpretativas para a Administração Pública. A primeira, que entende como inconstitucional a prática de terceirização pela Administração Pública e, portanto, a terceirização irregular não gera reconhecimento de vínculo como também não gera qualquer benefício trabalhista em favor do empregador terceirizado. A segunda, no sentido de que considera válido o vínculo jurídico do tomado de serviços (administração pública) com o trabalhador terceirizado desde o início da relação socioeconômica. E, finalmente a terceira, que aceita, mas compatibiliza a vedação constitucional com os demais princípios e regras constitucionais, pautando-se pela isonomia da relação jurídica.

Como visto, a Súmula 331 do TST reconhece o posicionamento da terceira corrente e, em seu inciso V, dispõe:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Esse posicionamento, inclusive, passou por várias alterações, mas consolidou-se especialmente após o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade – ACD nº 16, proposta pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal e, depois, por meio de *amicus curiae*, aderida por outros estados-membros.

⁶⁶Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

O objetivo da referida ACD nº 16 era que a Lei nº 8.666/1993 fosse declarada constitucional, e conseqüentemente seu art. 71, § 1º, fosse aplicado, desconsiderando-se a antiga redação da Súmula 331⁶⁷.

-Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

(...)

Assim, no dia 24 de novembro de 2010, a questão foi posta em julgamento. O STF entendeu que o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 é constitucional, dando provimento à ADC e acolhendo a tese de que a Administração Pública não deveria ser responsabilizada subsidiariamente pela mera inadimplência da empresa interposta, haja vista a proibição legal para tanto.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.

Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência conseqüente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Conseqüência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.⁶⁸

Por outro lado, os Ministros do STF expressamente ressaltaram que não teriam impedimentos ao TST em reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada, uma vez que não restou afastada a possibilidade de uma interpretação sistemática com outros dispositivos infraconstitucionais e constitucionais, que impõem o dever de licitar e fiscalizar

⁶⁷IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei no 8.666, de 21.06.1993).

⁶⁸STF - ADC nº 16, Relator Ministro Cezar Peluso, Pleno. Data de Publicação: 09.09.2011.

de forma eficaz a execução do contrato, inclusive, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Nesse sentido, o Ministro Cezar Peluso, analisando da atuação da Justiça do Trabalho discorreu:

Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere à responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.

(...)

Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos⁶⁹.

Diante do entendimento acima, a Súmula 331 do TST teve sua redação alterada, passando a prever, em seu inciso IV, a responsabilização da Administração Pública apenas quando esta faltar com seu dever de fiscalizar a contratação de empresas terceirizadas ou, ainda, quando descumprir seus deveres contratualmente estabelecidos.

A alteração da súmula, em 2011, se deu em razão da necessidade do TST harmonizar seu enunciado com o entendimento do STF, nos termos do julgamento da ADC nº 16.

Assim, agora a responsabilidade da Administração Pública por débitos trabalhistas da empresa terceirizada ficou condicionada à análise do caso concreto, com base nos conceitos de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Exatamente por isso é que a fim de resguardar a Administração Pública, o Poder Legislativo editou a Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011, que acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e para alterar a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁶⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Brasília, n. 610, 22-26 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

A referida lei alterou o artigo 27, inciso IV da Lei nº 8.666/93 e determinou que para a habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista.

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista

A chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT – foi instituída para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, expedida gratuita e eletronicamente, consoante novo art. 642-A incluído na CLT.

Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

I - o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II - o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

§ 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.

A CNDT, inicialmente criada para a proteção da Administração Pública para comprovar a fiscalização exercida sobre o cumprimento das regras trabalhistas de suas empresas contratadas, é hoje amplamente utilizada, inclusive pelas empresas privadas, como forma de verificar a saúde financeira e o comprometimento com as normas trabalhistas das empresas terceirizadas.

É válido ressaltar, inclusive, que há o entendimento no sentido de se incluir no conceito de culpa da Administração Pública a terceirização irregular para a aplicação da

responsabilidade subsidiária, em relação ao prestador de serviços, e englobar não apenas as verbas contratadas entre trabalhador e empresa terceirizada, mas, também, as verbas derivadas da isonomia com o servidor público paradigma.

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS. CONDUTA CULPOSA.

Esta Corte Superior, diante da declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 16/DF, promoveu, na sessão do Tribunal Pleno realizada em 24/05/2011, a alteração do item IV da Súmula nº 331 do TST e a ela acrescentou os itens V e VI, para explicitar que a Administração Pública responderá subsidiariamente sempre que evidenciada sua efetiva conduta culposa no cumprimento da Lei nº 8.666/93, como, segundo convicção firmada pelo Tribunal Regional, infensa à revisão nesta fase recursal (Súmula nº 126 do TST), ocorreu na espécie. Recurso de revista de que não se conhece⁷⁰.

Por fim, importa destacar o recente Projeto de Lei nº 6.787/ 2016⁷¹, conhecido como Projeto de Reforma Trabalhista, proposta pelo Poder Executivo⁷², com a intenção de alterar o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências.

O referido projeto propõe⁷³, além da prevalência de acordos entre empregados e empregadores sobre a legislação trabalhista, a alteração da lei de trabalho temporário e, entre outras determinações, inclui o parágrafo único ao art. 19 da Lei 6.019/74 para dispor:

Parágrafo único. A empresa tomadora dos serviços, quando o interessado realizar a contratação por meio de empresa interposta, responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias.

O Projeto de Lei nº 6.787/ 2016 está em fase inicial e ainda aguarda o despacho do Presidente da Câmara dos Deputados, mas se aprovado, será a norma a definir

⁷⁰TST - RR: 18994220125030151, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: 18/12/2015.

⁷¹Apresentado à Câmara dos Deputados em 23 de dezembro de 2016.

⁷²Mandato do presidente Michel Temer.

⁷³BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.787 de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016>. Acesso em: 03 jan. 2017.

especificamente a responsabilidade do tomador dos serviços pela contratação de serviços terceirizados.

2.1. Teoria da subordinação estrutural

A CLT, em seus arts. 2º e 3º, define quais os requisitos para o reconhecimento do vínculo de emprego.

Diante desse conceito, o vínculo se forma entre empregado e empregador de modo pessoal e intransferível.

Outro aspecto relevante é o da subordinação, ou seja, a sujeição do trabalhador à direção e às ordens do empregador.

Subordinação significa controle e tem caráter subjetivo, haja vista a necessidade da relação direta do empregador e empregado. A subordinação leva em consideração três fatores: o jurídico, pois trabalhador está sujeito ao seu empregador por causa da lei; o econômico, em razão da remuneração decorrente da contraprestação dos serviços; e o técnico, diante do fato de o empregador deter todo o conhecimento técnico necessário para o desempenho da tarefa.

Essa subordinação, dita clássica, no entanto, não consegue abranger todas as novas formas de trabalho hoje existentes, tais como o teletrabalho, a parassubordinação e a terceirização.

Em razão da inexistência de regras para essas atividades ditas modernas, a doutrina e a jurisprudência passaram a discutir acerca dos caracteres subjetivo e objetivo da subordinação. Como se sabe, com a popularização do toyotismo na administração empresarial e a flexibilização de normas trabalhistas, atualmente não se tem mais a cadeia hierarquizada e o processo produtivo passou a ser, então, descentralizado e exteriorizado.

Esse processo tem preocupado a doutrina e a justiça do trabalho, pois quando utilizada em desrespeitos às normas trabalhistas, precariza as condições de trabalho e compromete a aplicação do princípio da proteção do trabalhador.

Nesse contexto, pela necessidade de resolver uma demanda não prevista em nossa legislação, nasce o conceito de subordinação estrutural via ativismo judicial, liderado pelo Ministro Maurício Godinho Delgado do TST, que define:

Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador dos serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento⁷⁴.

A subordinação estrutural, também chamada de objetiva ou integrativa, tem por objetivo caracterizar a subordinação com base na atividade desempenhada pelo trabalhador e sua natureza, se essencial ao funcionamento da estrutura organizacional do contratante ou não.

Assim, se o serviço prestado se insere na organização produtiva da empresa, ou seja, na dinâmica da atividade econômica do tomador dos serviços, mesmo que sem receber ordens diretas, não há autonomia, já que o trabalhador não organiza a própria atividade.

Nesse contexto, desconsidera-se se a terceirização é regular ou não, pois, uma vez que o trabalhador estiver inserido na dinâmica de organização e funcionamento de uma empresa, estará configurada a relação de emprego.

A teoria da subordinação estrutural, portanto, passou a ser utilizada para ampliar o conceito de atividade-fim com base na subjetividade desse critério, uma vez que não se tem, até o momento, uma definição clara, além de não reconhecer sequer a responsabilidade solidária, estabelecendo vínculo direto com a empresa tomadora dos serviços.

RECURSO DE REVISTA. 1) PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Expostos os fundamentos que conduziram ao convencimento do órgão julgador, com análise integral da matéria trazida à sua apreciação, consubstanciada está a efetiva prestação jurisdicional. Recurso de revista não conhecido, nesse aspecto. 2) HORAS EXTRAS. SÚMULA 126/TST. Inviável a análise do recurso de revista, se necessário o revolvimento de fatos e provas dos autos, Súmula 126/TST. Recurso de revista não conhecido, nesse aspecto. 3) TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. 2) INSTRUMENTOS NORMATIVOS E VANTAGENS - APLICAÇÃO. Segundo a Súmula 331, I/TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo com o tomador dos serviços, salvo nos casos elencados nos incisos I (trabalho temporário) e III (conservação e limpeza, vigilância, atividades-meio do tomador) da referida súmula (desde que não havendo pessoalidade e subordinação direta nos casos do inciso III, acrescente-se). Nesse quadro, a terceirização de atividade-fim - exceto quanto ao trabalho temporário - é vedada pela ordem jurídica, conforme interpretação assentada pela jurisprudência (Súmula 331, III), independentemente do segmento econômico empresarial e da área de especialidade profissional do obreiro. Locação de mão de obra em

⁷⁴DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, n. 6, p. 667, jun. 2006.

atividade-fim é medida excepcional e transitória, somente possível nos restritos casos de trabalho temporário, sob pena de leitura interpretativa em desconformidade com preceitos e regras constitucionais decisivas, como a dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, além da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Esclareça-se que a subordinação jurídica, como elemento componente da relação de emprego (arts. 2ª e 3ª da CLT), pode se evidenciar quer em sua dimensão subjetiva (intensidade de ordens), quer em sua dimensão objetiva (realização de um dos fins do empreendimento do tomador), quer em sua dimensão estrutural (integração do obreiro na organização, dinâmica e cultura do tomador de serviços). Configurada a irregularidade do contrato de fornecimento de mão de obra, determina a ordem jurídica que se considere desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo justabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado). Enfatize-se que o TST realizou na primeira semana de outubro de 2011 audiência pública sobre o tema, em que se evidenciou o risco social de se franquear a terceirização sem peias, quer em face das perdas econômicas para os trabalhadores terceirizados, quer em face da exacerbação dos malefícios à saúde e segurança no ambiente laborativo, em contraponto às regras e princípios insculpidos na ordem jurídica legal e constitucional. Na presente hipótese, o Reclamante exercia função de Promotor de Vendas Júnior-, vendendo aparelhos, planos, novas linhas, serviços e prestando orientações aos clientes. Tais atividades, segundo a jurisprudência desta Corte, encaixam-se no conceito de atividade-fim das empresas de telefonia, o que enseja o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços (Súmula 331, I, do TST). Recurso de revista conhecido e provido, nesse aspecto⁷⁵.

VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. Contratada como vendedora e sendo-lhe atribuída remuneração sobre as vendas realizadas em favor da empresa, não há que se cogitar em relação de trabalho autônomo, provada a pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, mesmo que se trate de subordinação estrutural quando há uma relação de dependência recíproca entre empregador e empregado, sendo que um precisa da estrutura organizacional da empresa, sem a qual não há trabalho a ser feito e, por conseguinte, o outro do trabalho realizado, sem o qual a estrutura empresarial não funciona⁷⁶.

Essa teoria, apesar de tratar de uma interpretação evolutiva sob os aspectos sociais, econômicos e políticos, sofre duras críticas por afastar a legalidade, as regras de hermenêutica e a segurança jurídica.

Luiz Carlos Amorim Robortela e Antônio Galvão Perez afirmam:

⁷⁵ TST - RR 1228-70.2010.5.24.0000, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: 09/05/2014.

⁷⁶ TRT-1 - RO: 00010175920125010079, Relator: Claudia de Souza Gomes Freire, 9ª Turma, Data de Publicação: 13/11/2014. No mesmo sentido: TRT-9 92512010673900, Relator Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, 6ª Turma, Data de Publicação: 17/08/2012.

Não pode afrontar as regras de hermenêutica que, em determinados casos, até permitem a criação ou mesmo não aplicação da lei. As técnicas legais de interpretação garantem amplo espaço de liberdade na aplicação de princípios constitucionais. O juiz pode até declarar a inconstitucionalidade da lei.

(...)

A interpretação judicial, como ato humano, sujeito a variáveis ideológicas e psicológicas, deve submeter-se a regras estritas⁷⁷.

E continuam:

A teoria da subordinação estrutural, ao constituir vínculo empregatício entre tomadora e os empregados da prestadora, por que contribuem para o produto final pretendido, viola os arts. 2º e 3º da CLT, que nos trazem os elementos da relação de emprego.

(...)

Desprende-se completamente da noção de empregado e empregador, de autonomia contratual e liberdade de iniciativa⁷⁸.

Para os que defendem a subordinação estrutural, essa teoria mostra-se como uma solução para a extensão dos direitos trabalhistas aos trabalhadores hipossuficientes que se encontram excluídos da condição de empregado, promovendo um resgate do valor social do trabalho e da proteção estatal.

No entanto, a aplicação dessa teoria deve ser sopesada de acordo com o caso concreto, sob pena de se igualar o trabalho autônomo à terceirização. É necessária uma análise detida de todos os fatos, situações e relações envolvidas a fim de não se cometer injustiças e desvirtuar relações legais.

3. Enquadramento sindical

O enquadramento sindical no Brasil, via de regra, é feito por categorias.

Essas categorias representam os trabalhadores de empresas de um mesmo setor ou atividade produtiva ou de prestação de serviços, formando a denominada categoria profissional ou econômica.

⁷⁷ROBORTELA, Luiz Carlos Amorim; PEREZ, Antônio Galvão. Subordinação estrutural na terceirização de serviços. Subversão dogmática. In: FREDIANI, Yone (Coord.). *A valorização do trabalho autônomo e a livre iniciativa*. São Paulo: Magister, 2015. p. 179.

⁷⁸Id. Ibid., p. 198.

A conceituação de categoria profissional está prevista no § 2º do art. 511, da CLT, *in verbis*:

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

(..)

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

A similitude de condições de vida oriunda da profissão está no contexto da empresa tomadora de serviços, onde os trabalhadores atuam juntos e vivem sob as mesmas condições de trabalho.

É a similitude de condições existenciais, profissionais e econômicas que caracterizam a categoria dos empregados próprios da empresa e dos trabalhadores terceirizados. O enquadramento sindical, portanto, é feito em conformidade com a atividade preponderante do empregador e não depende de vontade, mas sim da lei.

A exceção à esta regra é a categoria diferenciada. Essa exceção se dá para os casos dos empregados que exercem profissão diferenciada por força de estatuto profissional, por exemplo, os engenheiros e advogados.

A terceirização, nesse contexto, é vista como forma de desorganizar a atuação sindical, atrapalhando a noção do coletivo dos trabalhadores terceirizados. Isso porque geralmente não lhes são estendidas as mesmas condições e/ou benefícios dos trabalhadores diretos, ficando a noção de coletivo dos trabalhadores terceirizados comprometida.

O modelo de enquadramento sindical desses trabalhadores terceirizados ainda não possui entendimento unânime.

Por um lado, há o entendimento de que o enquadramento sindical do empregado de empresa prestadora de serviços também se dá pela atividade preponderante da empregadora, não havendo autorização legal para que seja feita pela atividade preponderante da tomadora de serviços.

Isso porque a terceirização somente é admitida para execução de serviços auxiliares/acessórios, conhecidos como atividade-meio nos termos da Súmula 331 do TST, não havendo coincidência de atividades principais da tomadora com a prestadora dos serviços, uma vez que é transferida a execução de atividades acessórias para as empresas especializadas nessas atividades.

Nesse sentido:

EMPRESAS TERCEIRIZADAS. EMPREGADO. ENQUADRAMENTO SINDICAL. ATIVIDADE-MEIO x ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA DE SERVIÇO.

Se a instrução revela que o empregado de uma empresa terceirizada desenvolve uma atividade meramente instrumental/acessória às finalidades da empresa tomadora de serviço, afigura-se correto o seu enquadramento junto à entidade sindical que representa a totalidade dos trabalhadores das empresas prestadoras de serviço na base territorial em destaque, mormente quando a norma coletiva entabulada por essa agremiação sindical for-lhes mais favorável, porquanto o referido trabalhador só deve ser enquadrado pela atividade preponderante da tomadora de serviço quando ficar evidente que desenvolva labor similar aos empregados dessa última empresa. Recurso Ordinário a que se dá provimento⁷⁹.

Por outro lado, há o entendimento pela aplicação analógica do art. 12 à da Lei nº 6.019/1974, que trata do trabalho temporário, a fim de estender aos trabalhadores terceirizados as normas coletivas aplicáveis à empresa tomadora dos serviços.

Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

Alexandre Agra Belmonte entende por essa aplicação analógica “para evitar-se a precarização e discriminação do trabalho, quer pela submissão dos trabalhadores terceirizados às mesmas condições de trabalho decorrentes da atividade econômica principal da empresa tomadora⁸⁰”.

⁷⁹TRT-14 – RO 43520081011400, Relatora Desembargadora Socorro Miranda, 2ª Turma, Data de Publicação: 19/05/2009.

⁸⁰BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 74, n. 4, p. 33, out./dez. 2008. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5385/002_belmonte.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 15 out. 2013.

No mesmo sentido:

ENQUADRAMENTO SINDICAL. TRABALHADOR TERCEIRIZADO.

Em hipótese de terceirização, a atividade econômica prevalecente da empresa tomadora dos serviços é que vai definir o enquadramento sindical do trabalhador terceirizado. (...) ⁸¹.

Recentemente, o Ministro Augusto César Leite de Carvalho do TST, no julgamento do Recurso de Revista 54900-80.2004.5.04.0122, afirmou que o ingresso em atividade econômica diversa não pode engessar o enquadramento sindical dos empregados.

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ENQUADRAMENTO SINDICAL. TERCEIRIZAÇÃO.

Se a empregadora presta serviços variados em processos de terceirização e opta por filiar-se a sindicato que desenvolve atividade econômica específica, como é o da construção pesada, o fato de ela desenvolver outra atividade (a intermediação de mão-de-obra em fábrica de fertilizantes, onde empregou o reclamante) impede que possa impor aos respectivos empregados o enquadramento na categoria, para eles estranha, dos trabalhadores da construção pesada. Entre os males da unicidade sindical não se inclui o de impedir que o empregador adapte sua nova atividade preponderante à categoria econômica pertinente, sempre que tal se fizer necessário. Recurso de revista conhecido e provido ⁸².

Esse também é o entendimento de Mauricio Godinho Delgado.

No caso dos trabalhadores terceirizados, encontra-se na empresa tomadora dos serviços sua essencial *similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum*, como dispõe a CLT; é ali que se encontra sua essencial *similitude em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas*, conforme previsto pela Consolidação. Por isso, é no universo de trabalhadores da empresa tomadora de serviços, em que se integra em seu cotidiano profissional o obreiro terceirizado, que ele encontrará sua categoria profissional e seu efetivo sindicato ⁸³.

A representação sindical dos terceirizados ainda é um ponto de discussão; porém, o TST já se posicionou pela aplicação da isonomia no sentido de não se identificar a categoria

⁸¹TRT-14 - RO: 506 RO 0000506, Relator Desembargador Ilson Alves Pequeno Junior, Data de a Turma, Publicação: 01/12/2011.

⁸²TST- RR 54900-80.2004.5.04.0122, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: 07/05/2010.

⁸³DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed., cit., p. 498.

profissional pelo tipo de trabalho ou atividade que exerce o empregado, e nem por sua exata profissão, mas pela vinculação a determinado empregador.

4. Igualdade de condições - saúde, medicina e segurança do trabalho

Todo trabalhador deve ser tratado com respeito e dignidade, independentemente se direto ou terceirizado.

A Constituição Federal veda a discriminação e assegura a todos as condições próprias ao labor. A CLT, por seu turno, em seu art. 3º não faz qualquer distinção entre empregado direto ou terceirizado.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Sendo assim, as normas previstas na Consolidação são aplicáveis a todos os empregados, ou seja, todos têm o direito à saúde e à segurança no trabalho.

Ocorre que os empregados terceirizados, ao realizarem suas atividades no âmbito das tomadoras dos serviços, geralmente não estão submetidos às mesmas condições de saúde e segurança a que são submetidos os empregados da tomadora.

Diante da inexistência de regulamentação de atividades terceirizadas, tanto prestadoras quanto as tomadoras de serviços relegam para um segundo plano as condições de ambiente de trabalho dos terceirizados.

É de responsabilidade do empregador zelar pelas condições de medicina, saúde e segurança no trabalho de seus empregados; contudo, há o impasse de quem deve ser o responsável pelas condições do meio ambiente de trabalho dos empregados terceirizados.

As tomadoras de serviços não consideram esses trabalhadores para o cumprimento de normas de saúde e segurança do trabalho, previstas nas Normas Regulamentadoras – NR's – por entenderem que os trabalhadores terceirizados não integram sua composição organizacional.

Por sua vez, os prestadores de serviços geralmente não implementam as normas de saúde e segurança do trabalho, seja pela dificuldade relacionada à pulverização de estabelecimentos em que prestam serviços, seja pela redução de despesas para

competitividade de mercado, ou ainda, pelo entendimento de que seus funcionários devem estar incluídos no âmbito das tomadoras de serviços.

O TST já firmou o entendimento no sentido de reconhecer isonomia salarial quando verificada identidade de funções entre os empregados da empresa prestadora de serviços com os empregados da tomadora de serviços. No entanto, não fez qualquer menção às questões de saúde e segurança que sabidamente são questões consideradas direitos fundamentais de qualquer cidadão.

Ocorre que a inexistência de regulamentação sobre a terceirização traz mais esse ponto de insegurança jurídica.

De fato, a isonomia, por uma aplicação analógica e sistemática, deve ser aplicada. Contudo, a responsabilidade de quem deve realmente aplicá-la ainda é um ponto de interrogação.

No contexto atual, a responsabilidade é aplicável ao empregador, cabendo a responsabilização subsidiária ao tomador dos serviços diante da ausência de fiscalização, pela culpa *in vigilando*.

Sendo assim, diante da inexistência de regulamentação que defina as responsabilidades de cada uma das empresas, as relações de saúde e de segurança do trabalho dos empregos terceirizados devem ser reguladas pelos ditames constitucionais relacionados aos direitos fundamentais sociais, aos de valor social do trabalho e da dignidade da pessoa, aplicando-se a isonomia de condições a esses trabalhadores.

CAPÍTULO VI. LIMITES CONSTITUCIONAIS

1. Princípio da livre iniciativa

A livre iniciativa e os valores sociais do trabalho estão definidos na Constituição como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Os princípios da livre iniciativa e do valor do trabalho humano também estão previstos no art. 170 da Constituição, no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, que disciplina a exploração das atividades econômicas.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

O princípio da livre iniciativa trata, portanto, de organizações social e econômica, criando uma esfera de liberdade de atuação no mercado para reconhecer aos particulares o direito de desenvolverem uma atividade econômica e buscar seus interesses, a fim de promover o desenvolvimento.

José Afonso da Silva observa que a “liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria, comércio ou liberdade de empresa e liberdade de contrato⁸⁴”.

Nesse sentido, o princípio da livre iniciativa prestigia a disponibilidade do empresário de escolher a combinação dos fatores produtivos, ampliando ou restringindo a produção.

Nota-se que, ao mesmo tempo em que o legislador constitucional consagrou a liberdade de iniciativa, também estabeleceu restrições sob a regulação e fiscalização do Estado.

⁸⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 767.

O princípio da livre iniciativa tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, embora confirme o modelo econômico capitalista, e deverá respeitar os valores sociais do trabalho visando compatibilizar o capital e o lucro com a dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social.

Nesse prisma, argumenta José Afonso Silva:

A liberdade nas atividades econômicas só é exercida com a finalidade da justiça social e confere prioridade do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado⁸⁵.

Sendo assim, a livre iniciativa deve ser vista como um meio ao empresário não apenas de obter lucros, mas também de respeitar os princípios gerais dos direitos contidos no texto constitucional, como a dignidade da pessoa humana.

Esse é o grande conflito existente no caso da terceirização, pois apesar de ser o lucro o principal objetivo de uma empresa, este não pode ser obtido por meio da exploração desenfreada dos empregados e dos prestadores de serviços.

Esse argumento, inclusive, é o utilizado pelos defensores da inconstitucionalidade da terceirização da atividade-fim, como Gabriela Neves Delgado:

A terceirização em atividade finalística, pelo contrário, ao colocar o lucro acima do valor constitucional da proteção do trabalho, reduz a livre-iniciativa expressão pura do interesse individual do empreendedor, submetendo o trabalho à sua exploração predatória, numa lógica desproporcional com qualquer noção de Estado Democrático de Direito e seus princípios constitucionais constitutivos. Na verdade, uma lógica que, por sua exacerbação e desequilíbrio, conspira contra a própria preservação do sistema capitalista⁸⁶.

O empresariado, por sua vez, argumenta que a terceirização se trata de uma opção estratégica de ordenação do processo produtivo imposta pelas novas exigências do mercado global, cada vez mais competitivo, não cabendo mais insistir no enquadramento das novas relações de trabalho nos moldes do modelo da sociedade de meados do século passado.

Essa justificativa, inclusive, é utilizada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 – ADPFⁱ, no STF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

⁸⁵SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 39.

⁸⁶DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 140.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi ajuizada pela ABAG – Associação Brasileira do Agronegócio, com o propósito de ver declarada a inconstitucionalidade das interpretações adotadas pela Justiça do Trabalho com base na Súmula 331 do TST que, em seu entendimento, estabelece obstáculo intransponível à prática da terceirização, ensejando violação ao princípio da livre iniciativa, além de impor restrições não previstas em leis a particulares.

Assim, como no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713.211, que teve repercussão geral reconhecida para analisar o conceito de atividade-fim e o cerceamento de direitos fundamentais como a livre iniciativa e propriedade, a ADPF 324 afirma que a súmula 331 do TST não promove realmente a diferenciação entre a atividade-meio e a atividade-fim, que não é capaz de uniformizar o tema, que continua proporcionando decisões contraditórias, atentando contra a segurança jurídica e dissocia-se de irreversíveis mudanças econômicas, tecnológicas e socioculturais, bem como que é inflexível na convicção de que a terceirização, fora de seus parâmetros, acarreta a precarização das relações do trabalho.

Recentemente, em 8 de novembro de 2016, o Ministro Roberto Barroso, em despacho monocrático, decidiu sobre a inclusão das entidades que requereram ingresso no feito, como *amici curiae*⁸⁷, e determinou a inclusão do processo em pauta de julgamento.

Há um esforço de algumas entidades para que a ADPF 324 seja julgada pelo STF juntamente com ARE 713.211, que entrou em pauta de julgamento no último dia 9 de novembro de 2016, ante a similitude do tema e argumentos.

O tema é pulsante. Ambos os lados possuem pontos a serem considerados e ambos os princípios são fundamentais.

Nenhum valor econômico pode sobrepor-se à dignidade de um ser humano, mas tal dignidade se dá por meio do trabalho inserido na atividade econômica. Um não pode sobreviver sem o outro.

⁸⁷Foram admitidas no feito, como *amici curiae*: i) a Confederação Nacional da Indústria - CNI, ii) a Central Brasileira do Setor de Serviços - CEBRASSE, iii) a Confederação Nacional de Serviços, iv) a Associação Brasileira de Telesserviços - ABT, v) o Sindicato dos Empregados em Empresas Prestadoras de Serviço a Terceiros, Colocação e Administração de Mão de obra, Trabalho Temporário, Leitura de Medidores e Entrega de Avisos do Estado de São Paulo - SINDEEPRES, vi) a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT e, conjuntamente, vii) a Central Única dos Trabalhadores - CUT, a Força Sindical - FS, a Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil – CTB e a Nova Central Sindical dos Trabalhadores - NCST.

De fato, todos os empregados devem ser respeitados e trabalhar em condições dignas, que propiciem um ambiente laboral prazeroso dentro da empresa e recebam salários compatíveis com os oferecidos pelo mercado de trabalho.

Contudo a terceirização não derroga a legislação trabalhista, nem se mantém controversa à sua aplicação àquele que se valha de qualquer mecanismo para fraudar os direitos do trabalhador. A CLT é aplicável a todos.

2. Proibição de distinção entre trabalhos manual, técnico e intelectual entre as profissões

O artigo 7º, XXXII, da CF, determina a:

(...)

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

O princípio tem por finalidade impedir discriminações entre os tipos de trabalho e permitir a inclusão dos exercentes de trabalhos técnico, manual e intelectual à atribuição de direitos trabalhistas a esses profissionais.

A CLT traz a conceituação única de empregador, em seu art. 2º, e de empregado, em seu art. 3º, que dispõe em seu parágrafo único:

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Assim, se o trabalho se der na forma de emprego, todo trabalhador será considerado empregado. Não haverá, portanto, a possibilidade de discriminação quanto a tipos de trabalho, nem quanto aos profissionais respectivos.

Arnaldo Süssekind esclarece que:

O princípio consubstanciado no inciso XXXII visa proibir que, por se tratar de trabalho manual, o trabalhador fique sujeito a regime jurídico diverso do aplicável, na mesma categoria profissional, ao exercente de função técnica ou intelectual, e vice-versa. Ele não tem por finalidade a aplicação uniforme dos mesmos direitos e obrigações a todos os trabalhadores, de todas as profissões e categorias profissionais. O que pretende – em norma dirigida ao legislador, aos protagonistas da negociação coletiva, aos árbitros e juízes do trabalho – é que, na regulamentação de determinada

matéria, não se distinga entre os trabalhadores manuais, técnicos e intelectuais. Por exemplo: o servente, o torneiro mecânico, o datilógrafo e o gerente de recursos humanos de uma empresa metalúrgica estão sujeitos ao mesmo regime jurídico aplicável a essa atividade econômica⁸⁸.

A elaboração de regras distintas para os trabalhadores intelectuais ou técnicos contrariaria o princípio da igualdade.

É claro que a legislação poderá estabelecer detalhes inerentes a cada profissão, pertinentes ao exercício da atividade profissional; porém, não pode haver distinção normativa, especialmente por parte da CLT, quanto ao trabalho desses trabalhadores, como ensina Amauri Mascaro Nascimento:

As regulamentações profissionais em sua grande maioria são normas de exercício da atividade profissional. Aplicam-se como exigências legais para que alguém possa ter uma profissão e exercê-la. No entanto, quando esses profissionais o fazem mediante subordinação, continuamente e como assalariados, são empregados; aplicam-se-lhes os direitos gerais de proteção ao empregado previstos na Consolidação das Leis do Trabalho e, no que for específico ou mais benéfico, as normas especiais da sua regulamentação profissional⁸⁹.

O referido princípio tem natureza antidiscriminatória e é impeditivo de diferenciação de normas ou duplicidade de legislação trabalhista geral para cada tipo de trabalho, embora não impeça a promulgação de regulamentações especiais, sobre detalhes que são peculiares a cada profissão, pela sua natureza.

Esse entendimento é amplamente aplicado aos casos de terceirização pela jurisprudência.

TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. DEFERIMENTO.

O princípio da igualdade rejeita "qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (CF, art. 5º, XLI) e o inciso XXXII do art. 7º proíbe qualquer distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. O elo existente entre esses dispositivos conduz à interpretação de tratamento isonômico aos trabalhadores terceirizados e aqueles integrantes do quadro da empresa tomadora de serviços que desempenham as mesmas atribuições. Registre-se que a Lei nº 6.019/74, que regulamenta a terceirização temporária, assegura ao obreiro terceirizado "remuneração equivalente à percebida

⁸⁸SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 282.

⁸⁹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 201-202.

pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional" (art. 12, a). Assim, se há legislação prevendo uma isonomia quando ocorre contratação temporária, a demonstrar uma valorização do trabalhador, com mais razão quando se está diante de uma contratação de longo prazo. Fomentar a prática discriminatória por tanto tempo retira do Direito do Trabalho sua finalidade precípua de aperfeiçoamento das relações de trabalho. O direito é dinâmico e deve acompanhar todas as vicissitudes da sociedade contemporânea. Arremate-se que OJ 383 da SBDI-1 veio como forte reforço à dignidade do trabalhador ao disciplinar que "A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções". Portanto, reconhece-se o direito do empregado terceirizado à isonomia salarial com aquele que ocupa a mesma função na empresa tomadora de serviços. Recurso parcialmente provido. (...) ⁹⁰

A proibição prevista no inciso XXXII do art. 7º reforça a aplicação do princípio da isonomia aos trabalhadores terceirizados, conforme interpretação conjunta de nosso sistema e preceitos constitucionais e legais.

Assim, não pode a terceirização criar padrão inferior ao trabalhador terceirizado àquele submetido a contrato empregatício típico.

⁹⁰TRT 22- AIRR 1161-19.2011.5.22.0003, Relator Arnaldo Boson Paes, 1ª Turma. Data de Julgamento: 28.01.2013. No mesmo sentido: Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: 04/05/2015.

CAPÍTULO VII. A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO

1. Segurança jurídica

1.1. Princípio da segurança jurídica

O ordenamento jurídico foi elaborado de forma a disciplinar as relações sociais e, assim, permitir uma sociedade coesa, com valores superiores.

Como se sabe, o direito nasceu da necessidade de se regular as relações jurídicas das comunidades, de forma a proteger os interesses individuais e coletivos, limitando a liberdade do homem até determinado grau para se prestigiar a justiça, a segurança e o convívio em sociedade.

A segurança das relações em sociedade está intimamente ligada à ideia de ordem. Toda sociedade necessita de regras claras que demonstrem uma regra jurídica a ser seguida, ou seja, a noção de lícito e ilícito.

O princípio da segurança jurídica é associado por muitos doutrinadores ao princípio da confiança e da proteção pelo Estado do ordenamento jurídico, no sentido de que as regras jurídicas serão estáveis para o desenvolvimento comum.

O princípio da confiança do cidadão é um importante elemento para a estabilidade das posições jurídicas e do próprio ordenamento, e constitui uma espécie de instrumento capaz de salvaguardar dos direitos.

O Professor José Augusto Delgado⁹¹, citando Canotilho, afirma que:

É, portanto, com absoluta razão que J. J. Gomes Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, editado pela Livraria Almedina, Coimbra, 1991, pp. 375 e 376, ao cuidar dos padrões estruturantes do Direito Constitucional vigente e dos princípios que regem o Estado de Direito afirma:

“Partindo da ideia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes:

- o princípio da segurança jurídica;

⁹¹DELGADO, José Augusto. O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional. Palestra proferida no XXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional – O Direito Constitucional do Século XXI (21 maio 2005). Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 set. 2011.

- o princípio da confiança do cidadão.

Como se verá, estes princípios apontam sobretudo para a necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos. Daí que andem também associados à moderna teoria da legislação preocupada em racionalizar e otimizar os princípios jurídicos de legislação inerentes ao Estado de direito”. (sic)

A segurança está implícita no valor justiça, e pode ser entendida no sentido geral, de garantia, da proteção e da estabilidade, bem como pode ser entendida no sentido estrito, ou seja, a da garantia da estabilidade e da certeza das relações jurídicas e das decisões judiciais.

A segurança jurídica consiste na possibilidade de as pessoas terem o conhecimento antecipado das consequências diretas de seus atos diante de regras previamente estabelecidas e reconhecidas.

Esse princípio deriva da noção do Estado Democrático de Direito e pode ser considerado inerente e essencial ao mesmo, sendo um dos princípios sustentadores da Constituição Federal de 1988, tanto que, em seu preâmbulo, traça as diretrizes e a concepção jurídica na qual o Estado Democrático de Direito foi baseado e na qual os valores supremos foram considerados, como se verifica:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Ainda, em seu artigo 5º, caput, a Constituição dispõe:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Sobre o assunto Júlio Cesar Costa da Silveira⁹², afirma que:

⁹²SILVEIRA, Júlio Cesar Costa da. *Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2002/tese.PDF?sequence=1>>. Acesso em: 26 set. 2011. p. 51.

Instituindo-se no ordenamento jurídico nacional, por primeiro, nos limites da Constituição Federal, assume o princípio da segurança jurídica duas feições distintas. Em seu preâmbulo, a Constituição Federal mostra-o sob a forma de valor. Já sob o título dos direitos e garantias fundamentais, mostra-se integrado às garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, materializando-se, nesse último espaço normativo, pelo rol dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Portanto, independentemente de tomá-lo por valor, ou por direito fundamental, mostra-se o princípio da segurança jurídica como sustentáculo de qualquer asserção associada à extinção ou inibição do exercício de direito, exigindo-se, entretanto, que as razões para que se o faça estejam associadas à prova de que tais razões situam-se numa articulação com os objetivos e os fundamentos da própria ordem jurídica como um todo.

O texto constitucional, portanto, ao introduzir a segurança jurídica como um de seus princípios supremos, lhe conferiu conotação de direito fundamental, uma vez que este detém a função de garantir, tutelar e proteger os direitos conferidos aos sujeitos de direito, bem como garantir o convívio em sociedade.

É exatamente esse direito fundamental que não está sendo observado na terceirização. Não há segurança jurídica para o tomador dos serviços, nem para o prestador e muito menos para os trabalhadores terceirizados. A sociedade, como um todo, sofre com essa insegurança.

Muitos se aproveitam da inexistência de leis para regulamentar a contratação de mão-de-obra terceirizada e para estabelecer seus parâmetros, para contratar trabalhadores em condições, por vezes, até sub-humanas de trabalho.

Exatamente pela falta de regramento legal para a terceirização foi que o TST se viu obrigado a regular a questão. No entanto, não se pode exigir que a Súmula 331 cumpra o papel normativo delegado às leis.

Como já disposto nos capítulos anteriores, a falta de legislação deixa a relação formada entre tomador, prestador de serviços e trabalhadores terceirizados à mercê da interpretação do Poder Judiciário a respeito do que seria atividade-fim e atividade-meio nos termos da Súmula 331 do TST, imperando, assim, a total insegurança jurídica para as partes, especialmente pela tênue linha que separa os conceitos.

1.2. Regulamentação da terceirização como forma de efetivação da segurança jurídica

Em que pese a CLT ser aplicável a todos os empregados e empregadores, hoje, com seus 73 anos, não é norma atual e não é capaz de regular as novas relações de trabalho.

Como visto ao longo da exposição do trabalho, percebe-se a necessidade de uma legislação aplicável ao tema da terceirização.

A falta de lei específica só contribui para a formação de terceirizações irregulares, ou mesmo terceirizações regulares, mas que não oferecem salários compatíveis com as atividades realizadas.

Além disso, devido à ausência de uma legislação que defina os contornos da terceirização e o tratamento genérico dado pelo TST ao tema, vários são os julgados que destoam entre si por considerarem a terceirização regular ou irregular, o que gera insegurança jurídica, ambiente de negócios desfavorável e, por consequência, interpretações díspares, aumentando os conflitos e as demandas judiciais.

Outrossim, os próprios conceitos de atividade-fim e atividade inerente são questionados no judiciário, bem como a constitucionalidade da súmula 331 ao vedar a terceirização de atividade-fim sem haver proibição legal, limitando o princípio da livre iniciativa.

José Eduardo G. Pastore afirma que:

A intervenção da justiça do Trabalho no caso da terceirização só ocorre porque não há lei dispendo claramente sobre como pode se dar esse processo de forma lícita. Não cabe ao poder Judiciário dizer o que vem a ser uma terceirização lícita. Esta é uma tarefa da lei⁹³.

Nota-se que, apesar de não haver legislação que regule com profundidade a terceirização e da Súmula 331 do TST não ser vinculante, a Justiça do Trabalho – JT, o Ministério do Trabalho e Emprego – MTE – e o Ministério Público do Trabalho – MPT – têm aplicado a súmula como se essa tivesse força de lei, autuando e multando as empresas.

A Súmula 331 do TST, no entanto, não tem por finalidade cumprir o papel normativo delegado às leis e de responsabilidade do legislativo.

⁹³PASTORE, José Eduardo G. Terceirização sem ideologia, cit., p. 124.

Simplesmente limitar ou proibir, por meio de súmula, uma determinada prática administrativa amplamente praticada no meio empresarial de forma globalizada não resolve os problemas existentes, ao contrário, os torna cada vez mais difíceis de solucionar.

É necessária a análise dos contextos social e econômico do país, onde a terceirização é responsável por grande número de empregos e de geração de renda. Por outro lado, sua aplicação deve ser feita de acordo com os princípios gerais do direito do trabalho, proteção do trabalhador e dignidade da pessoa humana.

A própria súmula 331 do TST, apesar de tentar regular a terceirização, não prevê qualquer tipo de proteção social ao trabalhador, mas busca regular somente a relação entre os contratantes, tomador e prestador de serviços.

Para minar a insegurança jurídica que permeia o cenário hoje existente, é necessária uma norma adequada ao novo modelo de administração e de cadeias produtivas e avanços tecnológicos.

Todos os trabalhadores, sem exceção, são protegidos pelas regras dispostas pela CLT. Assim, também são protegidos os trabalhadores terceirizados, que possuem direitos exigíveis contra seu empregador, ou seja, o prestador de serviços.

O descumprimento das normas trabalhistas por parte do empregador prestador de serviços é punível tal qual o descumprimento de normas trabalhistas pelo tomador de serviços e seus empregados diretos.

A insegurança jurídica consiste exatamente na medida em que a própria justiça do trabalho trata esses trabalhadores como desiguais, como se não fossem protegidos pela legislação trabalhista vigente.

Ora, a CLT protege a todos.

O que se necessita regular não são as regras de direito individual aos trabalhadores terceirizados, mas sim a relação tomador e prestador de serviços. Isso sim é medida premente para se atingir a segurança jurídica.

A regulamentação da terceirização trará uma maior formalização das atividades dos prestadores de serviços e é um passo indispensável para a modernização do direito do trabalho brasileiro, sem se falar que é exigência para o desenvolvimento econômico e para

se atingir um patamar civilizatório, pois não só o empresário exige segurança jurídica para investir, mas também o trabalhador para fazer valer seus direitos previstos na CLT.

Com a regulamentação, serão estipuladas regras claras, de responsabilidades e punições, bem como será um instrumento de combate às práticas fraudulentas que levam à precarização do trabalho.

Somente com uma legislação equilibrada, com regras claras e bem definidas e sem interpretações dúbias, abarcando tanto o princípio da livre iniciativa do direito à propriedade quanto o da proteção ao trabalho e da dignidade humana é que se chegará a uma regulamentação justa. Tarefa realmente hercúlea, mas demasiadamente necessária.

2. Projetos de Lei em andamento

Diante do conflito de entendimentos sobre a terceirização ainda hoje existentes, resta clara a necessidade de uma urgente intervenção legislativa que regularize a prática da terceirização de maneira ampla e específica, de modo a garantir a fiscalização às empresas prestadoras de serviços, a proteção dos trabalhadores e ao mesmo tempo acabar com o fantasma da precarização e com a discussão do que seja atividades-meio e fim.

Na busca da regulamentação da terceirização, muitos projetos de lei foram apresentados⁹⁴. Recentemente os Projetos de Lei nº 4.330/2004 e 4.302/1998 tiveram tramitação na Câmara dos Deputados e reavivaram as discussões sobre o tema.

⁹⁴Por exemplo: PL nº 5439/2005. Autor: Ann Pontes - PMDB/PA. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, proibindo a contratação de mão de obra por empresa interposta. PL nº 6975/2006. Autor: Nelson Pellegrino - PT/BA. Dispõe sobre a formação compulsória de provisão, pelas empresas prestadoras de serviços, para o pagamento de obrigações trabalhistas. PL nº 1621/2007. Autor: Vicentinho - PT/SP. Dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista. PL nº 6832/2010. Autor: Paulo Delgado - PT/MG. Dispõe sobre a contratação de serviços terceirizados por pessoa de natureza jurídica de direito privado. PL nº 3257/2012. Autor: Erika Kokay - PT/DF. Dispõe sobre os direitos dos trabalhadores nas contratações de serviços terceirizados. Projeto de Lei do Senado nº 87 de 2010. Autor: Senador Eduardo Azeredo. Projeto entendido como “clone” do PL 4330/04. Se aprovado, permitirá a terceirização em todas as áreas das empresas.

Projeto de Lei nº 447 de 2011. Autor: Senador Sérgio Souza. Projeto apensado ao PL/Senado nº 87 de 2010 – Senador Eduardo Azeredo. Determina a responsabilização solidária da administração pública e da pessoa jurídica tomadora de serviços, com o respectivo prestador, pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato e, em caso de dolo ou culpa, pelos encargos trabalhistas.

2.1. Projeto de Lei n ° 4.330/2004

Dentre os projetos de lei que visam regulamentar a terceirização, o que mais se destacou e teve andamento foi o apresentado pelo deputado federal Sandro Mabel (PMDB), PL 4330/2004, que tem despertado muitas críticas.

Devido ao texto querer implantar mudanças denominadas radicais no campo da terceirização, o autor do projeto justifica o texto da lei no próprio documento de propositura:

A terceirização é uma das técnicas de administração do trabalho que têm maior crescimento, tendo em vista a necessidade que a empresa moderna tem de se concentrar em seu negócio principal e na melhoria da qualidade do produto ou da prestação de serviço.

O referido Projeto de Lei prevê a contratação de serviços terceirizados para qualquer atividade empresarial, sem estabelecer limites ao tipo de serviço que pode ser alvo de terceirização, evoluindo para o conceito de especialização.

Em seu art. 2º, o projeto permite à contratante terceirizar qualquer atividade, exigindo, no entanto, que os serviços sejam determinados, específicos e especializados, mediante prova da qualificação da empresa contratada.

O critério que define a possibilidade de terceirização nos moldes do projeto de lei mudou. No cenário atual, a Súmula 331 do TST proíbe a terceirização da atividade-fim, permitindo a terceirização da atividade-meio, prevendo, ainda, a responsabilidade subsidiária entre contratante e contratada. Pelo o que prevê o PL n° 4.330/2004, o critério passa a ser o da especialização⁹⁵.

Ainda, a empresa prestadora dos serviços determinados e especializados deverá ter objeto social único, salvo as atividades que recaiam na mesma área de especialização.

Os empregados dos prestadores de serviços serão subordinados à empresa contratada, a quem caberá dirigir a atividade, bem como veda à contratante a utilização dos empregados da contratada em atividades diferentes daquelas que são objeto do contrato.

O projeto cita, expressamente em seu art. 5º, quais são as cláusulas obrigatórias do contrato de prestação de serviços a fim de dar segurança jurídica e proteger os trabalhadores: (i) especificação do serviço; (ii) local e prazo para execução (quando for o caso); (iii)

⁹⁵As regras previstas no projeto não são aplicáveis aos correspondentes bancários, enquanto não for editada lei específica acerca da matéria, e aos trabalhadores domésticos.

prestação de garantia de quatro por cento do valor do contrato limitada à metade do faturamento da empresa contratada; (iv) obrigatoriedade de fiscalização pela contratante do cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada; (v) no caso do inadimplemento de qualquer das obrigações trabalhistas da contratada, previsão da possibilidade de interrupção do pagamento do contrato.

Traz também a previsão de que, quando e enquanto os serviços de alimentação, transporte, atendimento ambulatorial e treinamento adequado forem executados nas dependências da contratante ou em local por ela designado, esses direitos sejam extensivos aos empregados da contratada (art. 12º).

Ainda, o projeto de lei dispõe, de forma acertada, que a contratante deve garantir as condições de saúde, segurança, higiene e salubridade dos empregados da contratada, enquanto estiverem a serviço, em suas dependências ou em local designado (art. 13º).

Um ponto de destaque do projeto de lei é o não reconhecimento de vínculo de emprego entre empregado da contratada com a contratante, salvo se existentes os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT (art. 4º). Por outro lado, a ressalva feita ao reconhecimento de vínculo não se aplica quando a contratante for empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como suas subsidiárias e controladas, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Quanto à responsabilidade, outro ponto polêmico do projeto é a previsão como regra da responsabilidade solidária da contratante pela inadimplência das obrigações trabalhistas e previdenciárias da contratada.

Além disso, em seu art. 16, o projeto enumera as obrigações trabalhistas e previdenciárias, cujo cumprimento pela contratada deve ser fiscalizado mensalmente pela contratante, a saber: (i) pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário; (ii) concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional; (iii) concessão do vale-transporte, quando for devido; (iv) depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); (v) pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato de terceirização; e, (vi) recolhimento de obrigações previdenciárias.

Vale esclarecer, contudo, que a subcontratação por parte da contratada, a denominada quarteirização, somente poderá ocorrer quando se tratar de serviços técnicos especializados e que a intermediação de mão-de-obra continua a ser vedada.

O projeto prevê inclusive a responsabilidade da empresa contratante de serviços executados pela retenção dos impostos em nome da empresa contratada, tais como contribuição social sobre o lucro líquido, imposto de renda – IR, contribuição para o PIS/PASEP e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

O projeto de lei 4.330/04 passou por vários debates, comissões e discussões; foi alvo de manifestações públicas e negociações políticas e acabou aprovado em Plenário. No dia 22 de abril de 2015, juntamente com sua emenda, apresentada pelo relator do projeto, deputado Arthur Oliveira Maia (SD-BA), e pelo líder do PMDB, deputado Leonardo Picciani (RJ), que ampliou os tipos de empresas que podem atuar como terceirizadas, abrindo a oferta às associações, às fundações e às empresas individuais (de uma pessoa só), estabeleceu que o produtor rural pessoa física e o profissional liberal poderão figurar como contratante e definiu que a cota para deficientes deverá ser cumprida pela empresa contratante em seus contratos de terceirização, considerando o somatório de seus empregados contratados e terceirizados.

Com relação à questão sindical, o projeto de lei dispôs que, quando o contrato de prestação de serviços especializados a terceiros se der entre empresas que pertençam à mesma categoria econômica, os empregados da contratada envolvidos no contrato serão representados pelo mesmo sindicato que representa os empregados da contratante, na forma do art. 511 da CLT.

Como se pode verificar, muitas são as alterações previstas no projeto de lei 4.330/04 e muitos foram os debates sobre sua redação ao longo dos últimos quase 12 anos de tramitação.

Para maior esclarecimento, a câmara dos deputados elaborou uma tabela comparativa entre o que se pratica nos dias de hoje e as regras previstas no projeto de 4.330/04⁹⁶.

⁹⁶ CÂMARA aprova projeto que permite terceirização da atividade-fim de empresa. *Câmara Notícias*, 22/04/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/486413-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-PERMITE-TERCEIRIZACAO-DA-ATIVIDADE-FIM-DE-EMPRESA.html>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

REGRAS PARA O SERVIÇO TERCEIRIZADO		
	Atualmente *	Projeto de Lei 4330/04
 Responsabilidade das empresas envolvidas	A contratante poderá ser acionada na Justiça se a contratada não pagar os direitos trabalhistas e previdenciários (responsabilidade subsidiária)	Se a contratante fiscalizar os pagamentos, a responsabilidade continua subsidiária, mas se ela não fiscalizar passa a ser solidária e a contratante pode ser acionada na Justiça juntamente com a contratada
 Atividade que pode ser terceirizada	Atividade-meio da contratante	Qualquer atividade
 Filiação sindical	A filiação sindical é livre, mas a Justiça trabalhista tem reconhecido a submissão do contrato de trabalho a acordos e convenções coletivas com o sindicato da atividade preponderante da contratante se a terceirização for considerada irregular ou ilegal	Os empregados da contratada serão representados pelo mesmo sindicato dos empregados da contratante apenas se o contrato de terceirização for entre empresas que pertençam à mesma categoria econômica, garantindo os respectivos acordos e convenções coletivas de trabalho.
 Troca de empresa	Não é regulamentado. Prejuízos ao trabalhador são julgados a cada caso	Prevê que, se ocorrer troca de empresa prestadora dos serviços terceirizados com admissão de empregados da antiga contratada, os salários e direitos do contrato anterior deverão ser garantidos
 Garantia	Não é regulamentado	A contratada deverá fornecer garantia de 4% do valor do contrato, limitada a 50% de um mês de faturamento
 Acesso a restaurante e transporte	Não é regulamentado	Prevê que o trabalhador terceirizado terá acesso a restaurantes, transporte e atendimento ambulatorial oferecidos pela contratante aos seus próprios empregados
 Recolhimento antecipado de tributos	Não há regulamentação	A contratante deverá recolher antecipadamente parte dos tributos devidos pela contratada

* Não há uma lei regulamentando o assunto, apenas jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) por meio da Súmula 331, de 2003



O texto seguiu para o Senado onde está pendente de votação.

2.2. Projeto de Lei n° 4.302/1998

O Projeto de Lei n° 4.302 de 1998 tem como objetivo a alteração dos dispositivos da Lei n° 6.019, de 03 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

De autoria do Poder Executivo, no mandato de Fernando Henrique Cardoso, o projeto de lei n° 4.302/1998 foi aprovado na Câmara e encaminhado ao Senado, que alterou parcialmente o texto, na forma de substitutivo, fazendo o projeto retornar à Câmara para processamento.

Novamente na Câmara do Deputados, o substitutivo foi levado às Comissões de Trabalho, recebendo alterações na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em 09 de dezembro de 2016, cujo parecer do deputado Laércio de Oliveira (SD/SE) alterou pontualmente o texto do Senado, excetuando a equivalência salarial entre o trabalhador temporário e os empregados que trabalham na mesma função ou cargo na tomadora.

O projeto encontra-se pronto para pauta no plenário e, se aprovado, irá para sanção presidencial.

No tocante ao trabalho temporário, o Projeto de Lei faz alterações significativas, pois altera o conceito para estabelecer em seu art. 2º que:

Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora e serviços, para atender às necessidades de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

(...)

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando de corrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

O conceito trazido pelo projeto de lei amplia, e muito, sua aplicação ao permitir a contratação de serviços temporários por fatores previsíveis, de natureza intermitente, periódica ou sazonal, uma vez que a lei em vigor, Lei n.º 6.019/74, permite o uso desse tipo de contratação apenas nos casos de necessidade transitória de substituição ou acréscimo extraordinário de serviços.

O projeto também amplia o prazo do contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, de 90 para 180 dias consecutivos, podendo ser prorrogado por até 90 dias. Esse prazo poderá ser alterado mediante acordo ou convenção coletiva, conforme disposto no § 3º do art. 10.

§ 3º - O prazo previsto neste artigo poderá ser alterado mediante acordo ou convenção coletiva.

Dentro desse contexto, a recontração do trabalhador temporário pela mesma tomadora de serviços somente poderá ocorrer após 90 dias do término do contrato anterior.

Com relação ao trabalho temporário, o projeto de lei ainda define um capital social mínimo não inferior a R\$ 100.000,00⁹⁷ (cem mil reais), bem como proíbe a contratação de trabalho temporário para substituir trabalhadores em greve.

Quanto à terceirização, o Projeto e Lei nº 4.302/1998 é tão polêmico quanto o Projeto de Lei nº 4.330/2004, pois generaliza a contratação terceirizada em caráter permanente e para qualquer atividade, urbana ou rural, inclusive do mesmo grupo econômico, excluindo a conceituação de atividade-meio e a de atividade-fim trazida pela Súmula 331 do TST e não estipulando qualquer prazo máximo de contrato.

Ainda, no art. 4º-A, o projeto dispõe que não se configura a obrigatoriedade de vínculo de emprego nas relações de prestação de serviços.

§ 2º - Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Por outro lado, assim como para as empresas de trabalho temporário, o projeto exige que as empresas prestadoras de serviços possuam um capital social mínimo compatível com o número de empregados e proíbe a utilização de trabalhadores terceirizados em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

No que concerne a responsabilidade, o relator do projeto, Deputado Laércio Oliveira, no voto da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania⁹⁸, assim destacou:

Entendo que, das alterações apreciadas na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, cumpre destacar que em razão da redação do substitutivo do Senado Federal ser mais precisa, tanto em relação à técnica legislativa, mas principalmente com base na juridicidade e constitucionalidade. A matéria na forma proposta por aquela Casa Legislativa se mostra condizente com os princípios constitucionais de livre exercício da atividade econômica e interferência mínima do Estado no mercado. Portanto, opino, no mérito, pela rejeição dos destaques de nºs. 1 a 5, de 2008, aprovados na CTASP.

Cabendo, nesse ponto, ressalva ao Destaque nº 2/08 da CTASP, que rejeitou o § 5º do art. 5º-A, cuja redação foi dada pelo Substitutivo apresentado no Senado, restabelecendo o art. 10 do texto da Câmara. O dispositivo restabelecido determina que a empresa contratante deve ser solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços.

⁹⁷A lei vigente prevê capital social de no mínimo quinhentas vezes o valor do salário mínimo.

⁹⁸CCJC – Dep. Laercio Oliveira (SD-SE) – Parecer do Relator pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do Substitutivo do Senado Federal. Regime de tramitação: Urgência art. 155 RICD. Última atualização: 24/11/2016, às 10:38.

Tendo em vista que a responsabilidade subsidiária oferece uma dupla garantia ao trabalhador, pois torna imputável tanto a contratante como a contratada e garante o direito dos empregados, entendo que deve prevalecer a redação proposta para o art. 5º-A, acrescido à Lei nº 6.019, de 1974, dada pelo art. 2º Substitutivo do Senado, que estabelece a responsabilidade subsidiária como regra⁹⁹.

Nesse sentido, a empresa contratante é responsável de forma subsidiária pelas obrigações trabalhistas e pelo recolhimento das contribuições previdenciárias referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, bem como por assegurar as condições de segurança, higiene e salubridade, quando o trabalho for realizado em suas dependências.

O projeto faculta, no entanto, que a empresa contratante forneça ao trabalhador terceirizado os mesmos atendimentos médico, ambulatorial e de refeição destinados aos seus empregados.

Além do que já foi exposto, o Projeto e Lei nº 4.302/1998, em seu art. 19-A, § 2º, declara a anistia dos débitos, das penalidades e das multas impostas como base na legislação modificada.

§ 2º - As partes ficam anistiadas dos débitos, das penalidades e das multas impostas com base nas normas da legislação modificada e que não sejam compatíveis com esta Lei.

Por fim, o art. 19-B determina que as disposições do referido projeto não serão aplicáveis às empresas de vigilância e de transporte de valores.

3. Análise dos Projetos de Lei nº 4.330/2014 e nº 4.302/1998

Os Projetos de Lei nº 4.330/2014 e nº 4.302/1998 têm movimentado acalorados fóruns de discussões sobre o tema terceirização. A tramitação dos projetos na Câmara dos Deputados nos anos de 2015 e 2016 chamou a atenção de juristas, da Justiça do Trabalho, de trabalhadores, de empresários, do MTE, do MPT, enfim, da sociedade como um todo.

⁹⁹BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *PL 4302/1998*. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências" e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D668AB1D27FDFB8BA5E6BB31C0348B33.proposicoesWebExterno2?codteor=1515921&filename=Parecer-CCJC-09-12-2016>. Acesso em: 05 dez. 2016.

Os críticos às propostas apontam que os direitos dos trabalhadores podem ser feridos com a aprovação de qualquer um dos projetos, representando ainda mais precarização das condições de trabalho.

Apontam também que a terceirização gera uma redução dos ganhos do trabalhador terceirizado e amplia o processo de precarização do trabalho, pois, em geral, um trabalhador terceirizado recebe menos, trabalha mais e possui uma menor estabilidade no seu emprego do que um trabalhador diretamente contratado que realiza a mesma função.

Outro argumento é de que poderá haver uma redução das vagas de trabalho, posto que a terceirização costuma produzir menos contratações.

O receio maior é o impacto da implementação indiscriminada da terceirização sob a ótica de que as empresas tendam a não contratar diretamente os trabalhadores necessários para o desempenho de suas atividades, valendo-se, ao invés disso, da contratação das prestadoras de serviços que oferecerem preços mais baixos e que, conseqüentemente, acabarão pagando salários menores e fornecerão condições precárias de trabalho, impactando negativamente na economia do país.

Isso porque os salários geralmente mais baixos pagos aos trabalhadores terceirizados impactarão na renda média da população, o que não será suficiente para sustentar o consumo e a produção em níveis suficientes para fomentar a atividade econômica.

Além disso, representará um ônus maior para a Previdência Social, pois a arrecadação será menor, já que os salários serão menores, além de arcar com uma quantidade maior de benefícios acidentários, uma vez que muitos destes trabalhadores terceirizados e mal remunerados serão pouco treinados e submetidos a condições precárias de trabalho, estando expostos a condições perigosas, insalubres ou penosas, o que acabará por impactar no aumento do número de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais.

Para os críticos dos projetos, o objetivo do legislador foi o de desvirtuar a aplicação dos preceitos trabalhistas e precarizar ainda mais a mão-de-obra no Brasil, reduzindo os custos e despesas na contratação direta de empregados.

Assim, são contrários à lei da terceirização os grupos de esquerda, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMANTRA, a Procuradoria Geral do Trabalho do MPT, a Confederação Nacional dos Trabalhadores do ramo Financeiro – CONTRAF, o Conselho Federal da OAB, em especial o Conselho Nacional de Direitos Sociais – CNDS.

Várias dessas entidades chegaram a divulgar manifestações de repúdio aos Projetos de Lei nº 4.330/2014 e nº 4.302/1998.

A ANAMANTRA, por exemplo, em carta aberta¹⁰⁰, manifestou-se contrariamente ao PL nº 4.330/2004, argumentando que este não passa de uma manobra econômica para a redução de gastos e para a diminuição dos salários dos trabalhadores e, que na verdade, tende apenas à precarizar as condições de trabalho.

Carta aberta

A Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), entidade representativa dos mais de 3.500 juizes do Trabalho do Brasil, vem a público, nos termos de seu Estatuto - que determina a atuação em defesa dos interesses da sociedade, em especial pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social -, conclamar os partidos políticos e parlamentares comprometidos com os direitos sociais a rejeitaram integralmente o Projeto de Lei nº 4.330/2004, que ora tramita na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, e que dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes.

O referido PL, a pretexto de regulamentar a terceirização no Brasil, na verdade expande essa prática ruínosa e precarizante para todas as atividades econômicas, com risco de causar sérios danos aos trabalhadores brasileiros, caso aprovado, pela ruptura da rede da proteção trabalhista que o constituinte consolidou em 1988. Entre os problemas do projeto estão a liberação da prática na atividade-fim da empresa, bem como a ausência da responsabilidade solidária do empregador de forma efetiva.

A terceirização constitui manobra econômica destinada a reduzir custos de pessoal na empresa, pelo rebaixamento de salários e de encargos sociais, que tem trazido uma elevada conta para o país, inclusive no que se refere aos acidentes de trabalho, uma vez que em determinados segmentos importantes da atividade econômica os índices de infortúnios são significativamente mais elevados.

É com perplexidade, incredulidade e espanto que notícias são lidas dando conta da adesão por parte de alguns Partidos e parlamentares ao relatório do deputado Artur Maia (PMDB-BA), abandonando linha histórica que legitimou a atuação de cada um.

Nesse sentido, a Anamatra reforça a conclamação aos parlamentares e partidos, comprometidos com as causas sociais, para que rejeitem o PL nº 4.330/2004, e sigam em defesa de uma sociedade que busque a justiça social e não o aprofundamento da desigualdade social no Brasil.

Brasília, 02 de setembro de 2013

Paulo Luiz Schmidt

Presidente da Anamatra

¹⁰⁰ ANAMATRA divulga carta aberta contra terceirização. *ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*, 02 set. 2013. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-divulga-carta-aberta-contra-terceirizacao>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

No mesmo sentido, é a posição do professor Jorge Luiz Souto Maior¹⁰¹:

O próprio projeto se trai e revela, na incoerência, a sua verdadeira intenção. Diz que a terceirização advém da “necessidade que a empresa moderna tem de concentrar-se em seu *negócio principal*” – grifou-se. Ocorre que o objetivo principal do projeto é ampliar as possibilidades de terceirização para qualquer tipo de serviço. Assim, a tal empresa moderna, nos termos do projeto, caso aprovado, poderá ter apenas trabalhadores terceirizados, restando a pergunta de qual seria, então, o “negócio principal” da empresa moderna? E mais: que ligação direta essa empresa moderna possuiria com o seu “produto”?

(...)

A realidade futura que se extrai do PL 4330, caso venha a ser aprovado, é de empresas constituídas sem empregados, com setores inteiros da linha de produção, da administração, do transporte e demais atividades geridos por empresas interpostas cujo capital social é bastante reduzido se comparado com a contratante, gerando, por certo, uma redução de ganhos, além de um grande feixe de relações jurídicas e comerciais, que se interligam promiscuamente, mas que servem para evitar que os diversos trabalhadores, das variadas empresas, se identifiquem como integrantes de uma classe única e se organizem.

De fato, ter-se-á a formação de uma espécie de *shopping center fabril*, onde o objeto principal de comércio é o próprio ser humano.

Toda essa engenharia legislativa voltada à ampliação da terceirização se põe, inegavelmente, a serviço da reprodução do grande capital que, inclusive, visualizando os benéficos que esse mecanismo lhe proporciona não raro chega, ele próprio, a constituir empresas de prestação de serviços para execução de tarefas nas suas empresas principais, fazendo-o, por certo, de forma disfarçada.

Parte das centrais sindicais, tais como a Central dos Trabalhadores do Brasil (CTB) e a Central Única do Trabalhadores (CUT), e contrária ao PL nº 4.330/2014 sob dois principais argumentos. O primeiro, em razão de seu caráter de liberdade ampla para a terceirização, tornando-a lícita para todo o processo produtivo; e, em segundo lugar, por esvaziar o conceito de categoria profissional, pois a restrição à liberdade de organização da atividade produtiva tem forte impacto nos desenvolvimentos econômico e social, especialmente para os próprios trabalhadores.

Em termos partidários, PT, PC do B e PSOL votaram maciçamente contra a proposta do PL nº 4.330/2014, enquanto DEM, PMDB, PP, PSB, PR, PROS, SD, PSD, PSDB e outros votaram a favor ao projeto na Câmara dos Deputados.

¹⁰¹SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. PL 4.330/04: maldade explícita e ilusão. *Blog da Boitempo*, 06/04/2015. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2015/04/06/pl-4-33094-maldade-explicita-e-ilusao/>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

Com relação ao PL nº 4.302/1998, a alegação é de que este é ainda mais prejudicial quanto à questão sindical, pois não faz qualquer menção à necessidade de que os sindicatos sejam previamente informados dos projetos de terceirização por parte das empresas e pelo fato de que não há menção quanto à negociação coletiva ou à representação sindical dos terceirizados.

A Central Única do Trabalhadores (CUT), em seu site¹⁰², apresentou seu repúdio ao projeto.

(...)

Nos moldes propostos pelo PL 4302/1998, o “aluguel” da força de trabalho por meio de empresas prestadoras de serviços, como se os trabalhadores fossem uma mercadoria a ser utilizada e descartada a qualquer momento, passa a ser o paradigma. Considerando a importância de lutar em várias frentes, a CUT vai continuar envidando esforços pela aprovação do PL 1621/2007, que sintetiza as premissas dos trabalhadores para um marco regulatório que limite a terceirização, e pela construção de uma proposta tripartite no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego.

Conclamamos a sociedade a exigir a votação da mensagem no. 389/2003 do presidente Lula, pela retirada do PL 4302/98 da pauta do Congresso Nacional. Também conclamamos a sociedade, especialmente o movimento sindical, a reforçar as iniciativas de diálogo e negociação, condição básica para a consolidação de um padrão efetivamente civilizatório das relações de trabalho no país.

O PL nº 4.302/1998, além da questão sindical, é especificamente criticado por eximir a empresa tomadora dos serviços da responsabilidade pelo não-pagamento das contribuições previdenciárias e/ou trabalhistas ante o reconhecimento da responsabilidade subsidiária em relação aos danos causados ao trabalhador ou aos cofres públicos.

De outra banda, os defensores dos Projetos de Lei afirmam que estes são necessários para a total regulamentação da prática da terceirização no Brasil para reduzir os conflitos jurídicos sobre o tema e para estabelecer segurança jurídica às relações, haja vista a inexistência de uma separação clara e concisa sobre o que seriam as atividades-meio e as atividades-fim e de um ordenamento jurídico que oriente claramente essa questão.

¹⁰²DAU, Denise Motta. Perigo no Congresso: avança o PL4302/1998, que retira direitos. *CUT Brasil*, 27/10/2008. Disponível em: <<http://2013.cut.org.br/secretarias-nacionais/artigos/4349/galeria-de-audio>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

Outro ponto defendido é a regulamentação da terceirização sem a delimitação para as atividades-fim, que ampliaria a competitividade das empresas por considerarem que os ofícios seriam mais bem executados por empresas especializadas em cada função.

Defendem ainda que somente a empresa terceirizada possui vínculos e responsabilidades sobre os trabalhadores, mas, pelo projeto, as questões referentes aos direitos dos trabalhadores e às condições de trabalho seriam de responsabilidade também da empresa contratante.

Entre as entidades que estão a favor da regulamentação da terceirização estão a Confederação Nacional da Indústria – CNI –, Confederação Nacional do Comércio – CNC –, Confederação Nacional da Agricultura – CNA –, Confederação Nacional do Transporte – CNT –, Confederação Nacional das Instituições Financeiras – CONSIF –, Confederação Nacional da Saúde – CNS –, Fecomercio-SP e Fecomercio-RJ, Sindicato Nacional das Empresas Prestadoras de Serviços e Instaladoras de Sistemas e Redes de TV por assinatura, cabo, MMDS, DTH e Telecomunicações – SINSTAL – e Sindicato Paulista das Empresas de Telemarketing, Marketing Direto e Conexos – SINTELMARK.

Das centrais, apenas a Força Sindical é favorável ao Projeto de Lei nº 4.330/2014.

Bernardo Braga e Vicente Braga¹⁰³, em texto publicado no mesmo dia em que foi aprovado na Câmara o texto do PL 4.330/04, afirmam que o projeto representa um avanço normativo, um aumento de produtividade e uma proteção aos trabalhadores e apontam três argumentos pela viabilidade da terceirização.

(...)

Contextualizado o problema, a nosso ver, existem três razões básicas pelas quais o referido projeto merece apoio amplo, geral e irrestrito: ele (i) aumenta a produtividade das empresas; (ii) aumenta a competitividade da economia brasileira; e (iii) é benéfico aos trabalhadores. Mas quais seriam os fundamentos por trás dessas razões?

(...)

O PL 4330/2004 tramita há mais de 10 anos no Congresso e foi suficientemente debatido. Representa um aprimoramento da ordem jurídica e traz maior previsibilidade à relação empregatícia. A regulamentação e extensão do processo de terceirização, em sintonia com o princípio constitucional da livre iniciativa, representará um impulso à especialização, que por sua vez ensejará um aumento da produtividade média do trabalho. O PL 4330/2004 é uma batalha importante na guerra pelo aumento da produtividade da economia brasileira. O receio de

¹⁰³BRAGA, Bernardo; BRAGA, Vicente. Três argumentos em favor da terceirização. *Brasil Post*, 22/04/2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/vicente-piccoli-medeiros-braga/tres-argumentos-em-favor-_b_7116734.html>. Acesso em: 27 nov. 2016.

algumas grandes centrais sindicais em perder filiados para os sindicatos de trabalhadores terceirizados não deve se sobrepôr às possibilidades da economia brasileira. Se podemos tirar uma lição dos movimentos que buscam demonizar essa lei em prol de um trabalhador fictício e com base em uma retórica anacrônica de luta de classes, é a de que até alguns dos nossos movimentos políticos precisam de um choque de produtividade.

José Eduardo G. Pastore ao tratar da ideologia da terceirização afirma que a terceirização não é sinônimo de precarização das relações de trabalho e o que deve ser combatida é a má terceirização. Destaca que os artigos do referido projeto se referem à proteção dos trabalhadores terceirizados, atualmente inexistentes. Vejamos:

A terceirização proposta pelo PL n.º 4.330/04 tem como objetivo a garantia direta de direito trabalhistas. Essa garantia decorre daquilo que está escrito em lei, não do que é interpretado pela Justiça. Não é uma ação trabalhista que deve garantir os direitos do trabalhador terceirizado, mas sim a lei, que atualmente não existe.

(...)

Um projeto de lei que apresenta 62 tipos de proteção ao trabalhador não pode ser chamado de precarizador das relações de trabalho. Uma lei que institui garantias econômicas dos direitos sociais, prevendo um seguro contra ações trabalhistas, não pode ser taxado de indecente. Um projeto que prevê maior risco para quem terceiriza, exigindo desta empresa maior fiscalização, social e econômica, sobre os terceirizados, mesmo porque se não o fizer vai pagar mais caro por não fazer, não pode ser considerado “contra o trabalhador”. Uma lei que garante aos trabalhadores terceirizados o compartilhamento de refeitório com os empregados da contratada, a obediência a todos os requisitos de saúde e segurança do trabalho, não pode ser qualificado como precarizadora de mão de obra¹⁰⁴.

O professor continua sua análise afirmando que as empresas não buscarão terceirizar todo o seu processo produtivo, mas apenas buscam segurança jurídica para as situações em que escolherem subcontratar e que o projeto de lei prevê a terceirização de qualquer atividade diante da incerteza de conceitos, como o da atividade-fim e conclui que:

(...) o ordenamento jurídico nacional, ainda que se valha do Enunciado n. 331 do TST, não é capaz de estabelecer com clareza nem com segurança o que é terceirização “que dá certo”, sob o ponto de vista legal. O país precisa de uma lei clara para estabelecer o que é lícito e o que é ilícito, para com isso instrumentalizar a fiscalização, o Ministério Público e a Justiça do Trabalho para que ajam com precisão e segurança¹⁰⁵.

¹⁰⁴PASTORE, José Eduardo G. Terceirização sem ideologia, cit., p. 121.

¹⁰⁵Id. Ibid., p. 124.

Todavia, mesmo para a categoria patronal e daqueles que são a favor da regulamentação e a desejam há muito tempo, há divergência sobre o Projeto de Lei nº 4.330/04.

Isso porque o projeto original, após sua aprovação na câmara dos deputados em 2015, foi, de certa forma, descaracterizado com todas as alterações e inserções realizadas. A redação final do projeto aprovado na câmara obriga a empresa contratante a fiscalizar o cumprimento dos direitos trabalhistas, reconhece a solidariedade pelos pagamentos e pelas condições de segurança e saúde do trabalho aos trabalhadores terceirizados, bem como prevê a obrigação de reservar em um fundo 4% do valor do contrato para fins de quitação de direitos dos trabalhadores e a constituir garantia (seguro ou fiança bancária) com a mesma finalidade.

Desse ponto de vista, alguns representantes da classe patronal afirmam que, apesar de solucionar a questão da falta de regulamentação, na forma prevista atualmente, o projeto de lei é ruim, pois transfere atividades burocráticas dos terceiros ao contratante e desestimula a própria terceirização, pois torna a reponsabilidade pela contratação muito mais rígida e cara do que é em outros países.

Talvez por esse motivo é que o PL nº 4.302/1998, sem tramitação relevante desde 2011, tenha sido reavivado, em regime de urgência, em 17 de novembro de 2016, sem que se tenha lido e votado, pelo plenário da Câmara, a mensagem do Executivo nº 389, encaminhada pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que pede o arquivamento do projeto.

Visto isso, verifica-se que não há qualquer consenso sobre como se deve dar a normatização da terceirização e que este é um tema muito espinhoso, mesmo para os defensores da regulamentação.

CONCLUSÃO

A terceirização, fenômeno dos tempos atuais, é uma ferramenta concebida como método de administração empresarial cujo objetivo principal é a descentralização dos serviços, a melhoria da eficiência e a diminuição dos custos. Ela deriva historicamente do clamor da classe empresarial de flexibilizar normas trabalhistas, com o objetivo de compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho. No entanto, não agrada a todos, sendo objeto de análises e debates entre as correntes favoráveis e contrárias à ela.

De um lado, a terceirização é rejeitada sob o argumento da exploração da classe trabalhadora pelo capital de forma a precarizar as condições de trabalho e, de outro, é considerada como uma prática vantajosa ao possibilitar a transformação de custos fixos em variáveis, eliminar operações não essenciais e propiciar melhorias do processo produtivo.

Ocorre que, independentemente do ponto de vista que se adote, a discussão acerca de sua aplicabilidade ou implementação, na prática, é inócua, pois se trata de uma prática consolidada em um ambiente de relações globalizadas.

De fato, ainda não há um equilíbrio entre as relações humanas e sociais com a efetividade e o lucro almejados pelas empresas, isso porque as relações dos envolvidos na terceirização não são reguladas.

A terceirização não possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico, sendo regulada apenas pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que o fez com o intuito de trazer certa ordem e acalmar os anseios sociais em decorrência deste processo irreversível.

Sob essa ótica, o TST reconheceu a terceirização por meio da súmula 331, mas criou uma classificação entre as atividades ao dividi-las em lícitas (assim consideradas as atividades-meio) e ilícitas (sendo as denominadas atividades-fim) e determinou a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, bem como observou o disposto no art. 37, II, § 2º da Constituição Federal para considerar inviável o reconhecimento do vínculo empregatício com a administração pública, ainda que irregular a terceirização.

Ocorre que a classificação feita pelo TST gera entendimentos antagônicos pela falta de definição clara e legal de quais as atividades comportam a terceirização ante a fragilidade e a subjetividade do conceito que confunde os agentes e os operadores do direito.

Essa indefinição tem causado, além de insegurança jurídica, conflitos de interpretação e a judicialização de contratos de prestação de serviços ou fornecimento de bens, pois as empresas possuem diversos focos, vários objetos sociais dentro de um mercado globalizado – em que para se conseguir concorrer em um mercado competitivo é necessário prestar um serviço de maior qualidade e em menor tempo.

Sendo assim, diante da inexistência de legislação que defina os conceitos de atividade-meio e atividade-fim e as responsabilidades de cada uma das partes, não só pelas verbas trabalhistas, mas também com relação à dignidade e às normas de saúde, medicina e segurança do trabalho dos empregados terceirizados, premente se faz sua regulamentação.

A terceirização deve ser regulada pelos ditames constitucionais da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, aplicando-se à isonomia de condições a esses trabalhadores e à possibilidade de se organizarem por meio de sindicatos fortes.

O grande conflito da terceirização, portanto, é o fato do lucro ser o principal objetivo de uma empresa, seja pública ou privada - o que não é vedado por lei -, mas este não pode ser obtido por meio da exploração desenfreada dos empregados e prestadores de serviços.

O Estado deve, pois, valorizar a atividade econômica e observar as normas de proteção garantidas aos trabalhadores sem, contudo, partir do princípio de que toda negociação e subcontratação é fraudulenta, sob pena de se desconstituir o princípio da boa-fé.

É necessário regular, não as regras de direito individual aos trabalhadores terceirizados, mas sim a relação do tomador e prestador de serviços com relação aos empregados terceirizados. A insegurança jurídica consiste exatamente na medida em que não se considera os trabalhadores terceirizados como iguais.

Realmente é difícil a tarefa de elaborar um texto de lei que seja equilibrado e consiga atender aos anseios de todas as partes envolvidas, especialmente quando uma delas é totalmente contrária ao instituto que se pretende regular.

No entanto, não se pode cobrir com panos o fato de a terceirização existir e ser amplamente difundida na economia capitalista. Não se trata de ser a favor ou contra a terceirização, mas sim de se estipular regras claras e protetivas às relações e partes existentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo. Terceirização da mão de obra na Justiça do Trabalho e a aplicação da Súmula n. 331 do TST. *Jornal Trabalhista Consulex*, v. 28, n. 1374, maio 2011.

ANAMATRA divulga carta aberta contra terceirização. *ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*, 02 set. 2013. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-divulga-carta-aberta-contra-terceirizacao>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. *As novas faces da subordinação e os impactos para o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed.- São Paulo: LTr, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 74, n. 4, p. 26-52, out./dez. 2008. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/5385/002_belmonte.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 15 out. 2013.

BELTRAN, Ari Possidônio. *A autotutela nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações de trabalho. *LTr: revista legislação do trabalho*. São Paulo, v. 61, n. 4, p. 490-495, abr. 1997.

_____. Relações de trabalho e responsabilidade civil. *ADCOAS Trabalhista*, São Paulo, v. 36, p. 11-23, 2002.

BRAGA, Bernardo; BRAGA, Vicente. Três argumentos em favor da terceirização. *Brasil Post*, 22/04/2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/vicente-piccoli-medeiros-braga/tres-argumentos-em-favor-_b_7116734.html>. Acesso em: 27 nov. 2016.

CÂMARA aprova projeto que permite terceirização da atividade-fim de empresa. *Câmara Notícias*, 22/04/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/486413-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-PERMITE-TERCEIRIZACAO-DA-ATIVIDADE-FIM-DE-EMPRESA.html>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

CASTRO, Rubens Ferreira de. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

CHARRO, Franciele. Abate Hahal. *InfoEscola*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/zootecnia/abate-halal/>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. Subordinação empresarial e subordinação estrutural. In: A valorização do trabalho autônomo e a livre iniciativa. In: FREDIANI, Yone (Coord.). *A valorização do trabalho autônomo e a livre iniciativa*. São Paulo: Magister, 2015.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015.

CRISE do petróleo. *Wikipedia*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Crise_do_petr%C3%B3leo>. Acesso em: 09 out. 2016.

DAU, Denise Motta. Perigo no Congresso: avança o PL4302/1998, que retira direitos. *CUT Brasil*, 27/10/2008, Disponível em: <<http://2013.cut.org.br/secretarias-nacionais/artigos/4349/galeria-de-audio>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, José Augusto. O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional. Palestra proferida no XXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional – O Direito Constitucional do Século XXI (21 maio 2005). Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 set. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do Trabalho em países selecionados da América Latina. *Revista da ABET*, v. 9. n. 1, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/abet/article/view/15492/8855>>. Acesso em: 22 out. 2016.

FREDIANI, Yone. Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho. In: FREDIANI, Yone (Coord.). *A valorização do trabalho autônomo e a livre iniciativa*. São Paulo: Magister, 2015.

FUSFELD, Daniel R. *A era do economista*. Tradução Fábio D. Waltenberg. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 857, p. 11-28, mar. 2007.

GIGLIO, Wagner D. Terceirização. *Revista LTr*, São Paulo, ano 75, n. 4, p. 391-394, abr. 2011.

HALAL e Kosher. *Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carnes - ABIEC*. Disponível em: <http://www.abiec.org.br/3_hek.asp>. Acesso em: 02 nov. 2016.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Curso do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Taísa Maria Macena de. Terceirização: responsabilidade subsidiária e solidária. In: AMATRA III (Coord.). *Temas de direito e processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MANNRICH, Nelson. Distinções entre Relação de Emprego e Contratos de Prestação de Serviços. Contratos Atípicos no Direito Brasileiro e no Direito Comparado. In: ABAN, Pedro Jr.; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Orgs.). *Prestações de serviços intelectuais por pessoas jurídicas: aspectos legais, econômicos e tributários*. São Paulo: MP, 2008.

MARTINEZ, Luciano. *Curso do direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Flexibilização das condições de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Igualdade salarial entre empregado de empresa prestadora de serviços em relação ao da tomadora dos serviços. *Carta Forense*, 04/01/2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/igualdade-salarial-entre-empregado-de-empresa-prestadora-de-servicos-em-relacao-ao-da-tomadora-dos-servicos/6446>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

_____. *A terceirização e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Nova Cultural, 1985. Livro I.

_____. *Capítulo VI inédito de O capital: resultados do processo de produção imediata*. São Paulo: Moraes, 1995.

_____; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martin Claret, 2007. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor).

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

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso do direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O novo âmbito do protecionismo do direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 66, n. 8, p. 905-921, ago. 2002.

_____. Princípios do direito do trabalho e direitos fundamentais do trabalhador. *Revista LTr*, São Paulo, ano 67, n. 8, p. 903-916, ago. 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *História*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

_____. *O que é trabalho decente*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. O papel da terceirização na economia moderna. In: PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafio para o direito*. São Paulo: LTr, 2015.

_____; _____. *Terceirização: necessidade para a economia, desafio para o direito*. São Paulo: LTr, 2015.

PASTORE, José Eduardo G. Terceirização sem ideologia. In: PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafio para o direito*. São Paulo: LTr, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1.

PESSANHA, Patrícia Oliveira Lima. A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização: análise sob ótica da prevenção de litígios. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7255>. Acesso em: 15 out. 2013.

PORTO, Edson. Por dentro do Planeta Nike. *Época Negócios*, 28 dez. 2009. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT113186-16380,00.html>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

ROBORTELA, Luiz Carlos Amorim; PEREZ, Antônio Galvão. Subordinação estrutural na terceirização de serviços. Subversão dogmática. In: FREDIANI, Yone (Coord.). *A valorização do trabalho autônomo e a livre iniciativa*. São Paulo: Magister, 2015.

SCHELIGA, Daniel. Função social da empresa em face do direito do trabalho. *LTr: legislação do trabalho*. Suplemento trabalhista. São Paulo, v. 45, n. 20, p. 103-107, 2009.

SILVA, Antônio Alves da. *Terceirização um tigre de papel*. Belo Horizonte: RTM, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

SILVA, Laércio Lopes da. *A terceirização e precarização nas relações de trabalho: a atuação do juiz na garantia da eficácia dos direitos fundamentais nas relações assimétricas de poder: uma interpretação crítica ao PL n. 4.330/2004*. São Paulo: LTr, 2015.

SILVEIRA, Júlio Cesar Costa da. *Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2002/tese.PDF?sequence=1>>. Acesso em: 26 set. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. PL 4.330/04: maldade explícita e ilusão. *Blog da Boitempo*, 06/04/2015. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2015/04/06/pl-4-33094-maldade-explicita-e-ilusao/>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Terceirização elimina responsabilidade social do capital. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 08 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-08/jorge-luiz-souto-maior-terceirizacao-elimina-responsabilidade-social-capital>>. Acesso em: 12 out. 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Alcance e objeto da flexibilização do direito do trabalho. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). *A transição do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Direito constitucional do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

THÉBAUD-MONY, Annie; DRUCK, Graça. Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Orgs.). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção direito civil, v. 1).

LEGISLAÇÃO

ARGENTINA. *Ley 20.744*. Ley de contrato de trabajo. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *PL 4302/1998*. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências" e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D668AB1D27FDFB8BA5E6BB31C0348B33.proposicoesWebExterno2?codteor=1515921&filename=Parecer-CCJC-09-12-2016>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4.330 de 2004*. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.787 de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. *Lei nº 5.645 de 10 de dezembro de 1970*. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. *Lei n° 8.036, de 11 de maio de 1990*. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. *Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. *Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. *Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 dez. 2016.

_____. *Lei n° 12.440, de 7 de julho de 2011*. Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112440.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. *Lei n° 13.288, de 16 de maio de 2016*. Dispõe sobre os contratos de integração, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e integradores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13288.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. *Lei n° 13.352, de 27 de outubro de 2016*. Altera a Lei no 12.592, de 18 de janeiro 2012, para dispor sobre o contrato de parceria entre os profissionais que exercem as atividades de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador e pessoas jurídicas registradas como salão de beleza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13352.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. *Lei n° 7.102, de 20 de junho de 1983*. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. *Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994*. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8949.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Brasília, n. 610, 22-26 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

ESPAÑA. *Estatuto de los Trabajadores*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WBTEXT/37817/64929/S94ESP01.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

MÉXICO. *Ley federal del Trabajo*. Disponível em: <<http://cgsservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r222601.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

URUGUAI. *Ley Nº 18.099*. Derechos de los trabajadores. Se establecen normas para su protección ante los procesos de descentralización empresarial. Disponível em: <http://www.acostaylara.com/contenidos/contenidos_masinfo.php?id=125&secc=contenidos&path=0.2355>. Acesso em: 22 nov. 2016.

FILMOGRAFIA

TEMPOS Modernos. Direção: Charles Chaplin, Produção: Charles Chaplin, Paulette Goddard, 1936. Rio de Janeiro: Continental Home Vídeo. 87 min. HI-FI, VHS. Produzido originalmente em preto e branco.

ANEXOS

Anexo 1 – Recomendação 198 da OIT

Recomendação OIT nº 198

Relativa à Relação de Trabalho

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,
Tendo sido convocada em Genebra pelo Grupo Governante do Escritório Internacional do Trabalho, e realizado sua 95ª Sessão em 31 de maio de 2006, e

Considerando que existe proteção oferecida pelas leis e regulamentos nacionais e acordos coletivos, os quais estão ligados a existência de uma relação de trabalho entre empregador e empregado, e

Considerando que leis e regulamentos, e suas interpretações, devam ser compatíveis com os objetivos do trabalho decente, e

Considerando que busquem leis empregatícias ou trabalhistas, dentre outras coisas, enumerar o que pode ser uma posição de barganha desigual entre as partes para uma relação de trabalho, e

Considerando que a proteção dos trabalhadores é o coração do mandato da Organização Internacional do Trabalho, e em concordância com os princípios contidos na Declaração da OIT em Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, 1998, e a Agenda do Trabalho Decente, e

Considerando as dificuldades de estabelecer se existe ou não uma relação de trabalho em situações onde os respectivos direitos e obrigações relativas às partes não estão claras, onde houve uma tentativa de disfarçar as relações de trabalho, ou onde existam inadequações ou limitações na estrutura legal, ou em suas interpretações ou aplicações, e

Notando que situações existem onde arranjos contratuais podem ter o efeito de privar trabalhadores de sua proteção devida, e

Reconhecendo que existe um papel na orientação internacional dos Membros em alcançar a proteção através de práticas e leis nacionais, e que esta orientação deveria permanecer relevante, e

Reconhecimento futuro que tal proteção deva ser acessível a todos, particularmente trabalhadores vulneráveis, e deva ser baseada em lei que seja eficiente, efetiva e compreensiva, com resultados expedidos, e que encoraja aquiescência voluntária, e

Reconhecendo que políticas nacionais devam ser o resultado da consulta entre os parceiros sociais e deva prover orientação às partes interessadas no local de trabalho, e

Reconhecendo que políticas nacionais devam promover crescimento econômico, criação de emprego e trabalho decente, e

Considerando que a economia globalizada aumentou a mobilização dos trabalhadores que necessitam de proteção, ao menos contra as práticas fraudulentas de proteção nacional por escolha da lei, e

Notando que, na estrutura da provisão transnacional de serviços, é importante estabelecer quem é considerado um trabalhador em uma relação de trabalho, quais direitos este trabalhador possui, e quem é o empregador, e

Considerando que as dificuldades em estabelecer a existência de uma relação de trabalho possa criar sérios problemas para aqueles trabalhadores envolvidos, suas comunidades, e a sociedade como um todo, e

Considerando que tanto a incerteza como a existência de uma relação de trabalho necessita ser discutido para garantir uma competição justa e proteção efetiva dos trabalhadores em uma relação de trabalho de uma foram apropriada às leis e práticas nacionais, e

Notando todos os padrões de trabalho internacional relevantes, especialmente aqueles relacionados à situação particular das mulheres, como também daqueles relacionados ao alcance da relação de trabalho, e

Tendo decidido sobre a adoção de certas propostas com relação à relação de trabalho, a qual é o quinto item da agenda da sessão, e

Tendo determinado que estas propostas devam tomar a forma de Recomendação;

Adota este de junho de dois mil e seis a seguinte Recomendação, qual será citada como Recomendação do Relacionamento Empregatício, 2006.

I. POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO AOS TRABALHADORES EM UMA RELAÇÃO DE TRABALHO

1. Os Membros devem formular e aplicar uma política nacional para rever em intervalos apropriados e, caso necessário, clarificando e adotando o alcance de regulamentos e leis relevantes, no sentido de garantir proteção efetiva aos trabalhadores que executam seus trabalhos no contexto de uma relação de trabalho.

2. A natureza e a extensão da proteção dada aos trabalhadores em uma relação de trabalho deve ser definida por práticas ou leis nacionais, ou ambas, tendo em conta padrões de trabalho internacional relevantes. Tais leis ou práticas, incluindo àqueles elementos

pertencentes ao alcance, cobertura e responsabilidade à implementação, devem estar claros e adequados para assegurar proteção efetiva aos trabalhadores em uma relação de trabalho.

3. Políticas nacionais devem ser formuladas e implementadas em concordância com as leis e as práticas nacionais em consulta com as organizações mais representativas dos empregadores e dos trabalhadores.

4. Políticas nacionais devem ao menos incluir medidas para:

a) prover orientação às partes envolvidas, em particular empregadores e trabalhadores, em estabelecer efetivamente a existência de uma relação de trabalho e na distinção entre empregador e trabalhador autônomo;

b) combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção;

c) garantir padrões aplicáveis para todas as formas de acordos contratuais, incluindo aqueles envolvendo múltiplas partes, de modo que os trabalhadores empregados tenham a devida proteção;

d) garantir que padrões aplicáveis a todas as formas de acordos contratuais estabeleçam quem é responsável pela proteção contida nestes acordos;

e) prover acesso efetivo àqueles envolvidos, em particular empregadores e trabalhadores, apropriando procedimentos e mecanismos rápidos, baratos, justos e efetivos para resolver disputas relativas a existência e termos de uma relação de trabalho;

f) garantir aquiescência com, e aplicação efetiva de, leis e regulamentos envolvendo a relação de trabalho; e

g) prover treinamento adequado e apropriado nos padrões de trabalho internacional relevantes, comparativo e casos de lei para o judiciário, árbitros, mediadores, inspetores do trabalho, e outras pessoas responsáveis por lidarem com resoluções de disputas e execuções de leis e padrões nacionais de emprego.

5. Os Membros devem ter um relatório particular em políticas nacionais para garantir proteção efetiva aos trabalhadores especialmente afetados pela incerteza da existência de uma relação de trabalho, incluindo trabalhadoras, como também os trabalhadores mais

vulneráveis, trabalhadores jovens, trabalhadores mais antigos, trabalhadores da economia informal, trabalhadores migrantes e trabalhadores com deficiências.

6. Os Membros devem:

a) ter relatório especial em políticas nacionais para discutir a dimensão de gênero em que trabalhadoras predominam em certas ocupações e setores onde há uma alta proporção de desigualdade na relação de trabalho, ou onde há uma falta de clareza na relação de trabalho;
e

b) obter políticas claras em igualdade de gêneros e melhores execuções de leis e acordos relevantes e em nível nacional para que a dimensão de gênero possa ser efetivamente discutida.

7. No contexto do movimento transnacional dos trabalhadores:

a) moldando a política nacional, um Membro deve, após consultar as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, considerar a adoção de medidas apropriadas dentro de sua jurisdição, e onde apropriado, na colaboração com outros Membros, para dar proteção efetiva e prevenir abusos de trabalhadores migrantes em seu território que pode ser afetado pela incerteza da existência de uma relação de trabalho;

b) onde trabalhadores são recrutados em um país para trabalhar em outro, os Membros envolvidos possam considerar concluir acordos bilaterais para prevenirem abusos e práticas fraudulentas que tem como propósito a evasão de acordos existentes à proteção de trabalhadores no contexto da relação de trabalho.

8. Políticas nacionais para proteção de trabalhadores em uma relação de trabalho não devem interferir com relações civis e comerciais, enquanto ao mesmo tempo certificam que indivíduos em uma relação de trabalho têm a proteção devida.

II. DETERMINAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE UMA RELAÇÃO DE TRABALHO

9. Com a finalidade da proteção das políticas nacionais para os trabalhadores em uma relação de trabalho, a determinação da existência de tal relação deve ser guiada primeiramente pelos fatos relacionados com o tipo de trabalho e a remuneração do trabalhador, não resistindo como a relação é caracterizada em qualquer acordo contrário, contratual ou que possa ter sido acordado entre as partes.

10. Os Membros devem promover métodos claros para orientar trabalhadores e empregadores como também determinar a existência de uma relação de trabalho.

11. Com a finalidade de facilitar a determinação da existência de uma relação de trabalho, os Membros devem, dentro da estrutura de políticas nacionais consultar esta Recomendação, considerando as possibilidades seguintes:

- (a) permitir uma ampla variedade de meios para determinar a existência de uma relação de trabalho;
- (b) prover para uma presunção legal de que uma relação de trabalho existe onde um ou mais indicadores relevantes se fazem presente; e
- (c) determinar, acompanhamento de consultas prioritárias com as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, onde trabalhadores com certas características, em geral ou em setores específicos, devam ser julgados serem tanto empregado ou autônomo.

12. Com a finalidade de políticas nacionais consideradas nesta Recomendação, os Membros podem claramente considerar a definição de condições aplicadas para determinar a existência de uma relação de trabalho, por exemplo, subordinação ou dependência.

13. Os Membros devem considerar a possibilidade de definirem em suas leis e regulamentos, ou por outros meios, indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho. Estes indicadores podem incluir:

- (a) o fato de que o trabalho: é realizado de acordo com as instruções e sobre o controle de outro grupo; envolvendo a integração do trabalhador na organização da empresa; é executado unicamente ou principalmente para o benefício de outra pessoa; deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador; é realizado dentro de horas de trabalho específicas ou dentro do local de trabalho especificado ou acordado pelo grupo que requisitou o trabalho; é de uma duração particular e tem uma certa continuidade; requer a disponibilidade do trabalhador; ou envolve a provisão de ferramentas, materiais e maquinário pelo grupo requisitado para o trabalho;
- (b) pagamento periódico da remuneração para o trabalhador; o fato de que tal remuneração constitui a única ou principal fonte de renda do trabalhador; provisão de pagamento em espécie, como alimentação, aluguel ou transporte; reconhecimento de autorizações tais como descanso semanal e feriados anuais; pagamento pelo grupo que requisitou o trabalho para curso empreendido pelo trabalhador a fim de realizar o trabalho; ou ausência do risco financeiro para o trabalhador.

14. O estabelecimento de disputas a respeito da existência e de termos de uma relação de trabalho seja uma matéria para indústrias ou outros tribunais ou autoridades de arbitragem

em que trabalhadores e empregadores têm acesso eficaz de acordo com as práticas e leis nacionais.

15. A autoridade competente deve adotar medidas com vistas a assegurar o respeito para e a implementação de leis e regulamentos relativa à relação de trabalho no que diz respeito aos vários aspectos considerados nesta Recomendação, por exemplo, através de serviços de inspeção do trabalho e sua colaboração com a administração da seguridade social e os auditores fiscais.

16. Com menção à relação de trabalho, administrações nacionais de trabalho e seus serviços associados devem regularmente monitorar seus processos e programas de execução. Atenção especial deve ser dada às ocupações e setores com uma alta proporção de trabalhadoras.

17. Os Membros devem desenvolver, como parte das políticas nacionais mencionadas nesta Recomendação, medidas efetivas que visam remover iniciativas a disfarçar uma relação de trabalho.

18. Como parte das políticas nacionais, os Membros devem promover o papel da negociação coletiva e diálogo social como uma maneira, dentre outras, de achar soluções para questões relativas ao âmbito da relação de trabalho em nível nacional.

III. MONITORAMENTO E IMPLEMENTAÇÃO

19. Os Membros devem estabelecer um mecanismo apropriado, ou fazer uso de um já existente, para monitorar desenvolvimentos no mercado de trabalho e em organizações de trabalho, e para formular um conselho na adoção e implementação de medidas relacionadas à relação de trabalho dentro da estrutura de políticas nacionais.

20. As organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores devem ser representadas, em igualdade de fundamentos, no mecanismo para monitorar desenvolvimentos no mercado de trabalho e em organizações de trabalho. Além disso, estas organizações devem ser consultadas sobre o mecanismo o quanto for necessário e, onde for possível e útil, com base nos relatórios especializados ou nos estudos técnicos.

21. Os Membros devem, à extensão possível, coletar informações e dados estatísticos e emprenda pesquisas em mudanças nos parceiros e estruturas de trabalho em nível nacional e setorial, tendo em conta a distribuição de homens e mulheres e outros fatores relevantes.

22. Os Membros devem estabelecer mecanismos nacionais específicos a fim de assegurar que as relações de trabalho possam ser efetivamente identificadas dentro da estrutura da

provisão transnacional de serviços. Deve-se dar maior atenção ao desenvolvimento de contatos sistemáticos e intercâmbio de informações no assunto com outros Estados.

IV. PARÁGRAFO FINAL

23. Esta Recomendação não revisa a Recomendação de Agências Privadas de Emprego, 1997 (nº, 188), nem pode revisar a Convenção das Agências Privadas de Emprego, 1997 (nº. 181)

**Anexo 2 – Repercussão geral no recurso extraordinário com
agravo 713.211**

15/05/2014

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
713.211 MINAS GERAIS**

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **CELULOSE NIPO BRASILEIRA S/A - CENIBRA**
ADV.(A/S) : **DÉCIO FREIRE E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RECDO.(A/S) : **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS
INDÚSTRIAS EXTRATIVAS DE GUANHÃES E
REGIÃO- SITIEXTRA**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.
ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE
TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A
LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS
PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM.
POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.**

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

ARE 713211 RG / MG

Ministro LUIZ FUX
Relator

15/05/2014

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
713.211 MINAS GERAIS**

MANIFESTAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE.

1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.

2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.

3. O thema decidendum, in casu, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.

4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de

ARE 713211 RG / MG

Repercussão Geral do tema, ex vi art. 543, CPC.

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
713.211 MINAS GERAIS**

PRONUNCIAMENTO

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇO –
TOMADORA – CONTRATAÇÃO –
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – ARTIGO
104 DO CÓDIGO CIVIL –
AFASTAMENTO NA ORIGEM –
RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
REPERCUSSÃO GERAL
CONFIGURADA.**

**REPERCUSSÃO GERAL – INSERÇÃO
NO PLENÁRIO VIRTUAL – PROCESSO –
PEÇAS – DISPONIBILIZAÇÃO.**

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG, da relatoria do ministro Luiz Fux, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 25 de abril de 2014.

A 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho – TST desproveu o agravo de instrumento interposto por Celulose Nipo-Brasileira S.A. Inicialmente, afastou as questões preliminares atinentes à incompetência da Justiça do Trabalho, à ilegitimidade ativa e passiva e à nulidade por cerceamento do direito de defesa e pela não integração de litisconsorte passivo necessário ao processo. Asseverou não ter sido a causa dirimida sob o ângulo dos artigos 104, 421 e 422 do Código Civil e 5º, incisos II, XXXVI e XXXVIII, da Constituição Federal, apontando o óbice do Verbete nº 297 da própria Súmula. Destacou que eventual ofensa ao mencionado inciso II, se

ARE 713211 RG / MG

houvesse, seria reflexa ou indireta. Consignou encontrar-se a decisão do Tribunal Regional do Trabalho de origem em consonância com o Verbete nº 331, item IV, da respectiva Súmula, no que revela mostrar-se ser o tomador do serviço subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas, com o objetivo de evitar que o empregado acabe prejudicado em razão da inadimplência da empresa prestadora de serviço. Frisou haver o Regional concluído pela ilicitude da terceirização, em virtude da transferência fraudulenta e ilegal de parte da atividade-fim da empresa, com nítido propósito de reduzir custos de produção, bem como da existência de pleno controle daquela sobre as terceirizadas e os respectivos empregados. Assentou que os verbetes constantes de súmula representam a síntese da atuação dos tribunais no campo da interpretação da lei e da Carta da República, tendo editado o referido enunciado a partir da competência constitucional e legal a si atribuída para uniformizar julgados.

Os embargos de declaração foram acolhidos, apenas para prestar esclarecimentos, sem atribuição de efeito modificativo.

No extraordinário, protocolado com alegada base no artigo 102, inciso III, a recorrente argui desrespeito aos artigos 2º, 5º, incisos II, XXXVI, LIV e LV, e 97 do Diploma Maior. Explicita ter sido condenada a abster-se de contratar terceiros para a prestação de serviços relacionados à atividade-fim que desenvolve, sem que houvesse fundamento em lei. Conforme sustenta, a contratação de terceirizados é um negócio jurídico válido nos termos do artigo 104 do Código Civil. Ressalta que o Verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu as situações lícitas e ilícitas de terceirização sem base legal e com respaldo em premissas genéricas, levando em conta se a transferência realizada ao terceiro alcança atividade-meio ou atividade-fim da sociedade empresarial. Aduz ser a diferenciação incompatível com os processos produtivos modernos. Consoante assevera, a terceirização é um fenômeno

ARE 713211 RG / MG

econômico que não pode ficar limitado a atividades acessórias, refletindo tendência contemporânea de especialização dos serviços visando maior produtividade. Alega que o acórdão recorrido implicou violação ao artigo 97 da Carta de 1988 e ao Verbete Vinculante nº 10, ao negar eficácia ao artigo 5º, inciso II, do Diploma Maior e ao citado artigo 104 do Código Civil. Diz da ofensa ao princípio da separação dos Poderes, porquanto o Tribunal Superior do Trabalho não possui competência para editar atos normativos primários.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma que a matéria versada no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide e é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Sublinha estar em discussão, no recurso, ofensa a princípios constitucionais e esclarece que o tema da terceirização foi objeto da primeira audiência pública ocorrida no Tribunal Superior do Trabalho bem como da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, cujo julgamento conduziu à alteração da redação do mencionado Verbete nº 331.

Nas contrarrazões, o Ministério Público do Trabalho argui a impossibilidade de conhecimento do recurso ante a ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão, a inexistência de repercussão geral, a falta de prequestionamento e a inviabilidade de exame de matéria infraconstitucional e fático-probatória. No mérito, salienta o acerto do ato atacado.

O extraordinário não foi admitido na origem. Consignou-se a ausência de ofensa direta ao Diploma Maior. Seguiu-se a interposição de agravo, no qual se defendeu a admissibilidade do extraordinário e reiteraram-se os argumentos veiculados no recurso. Na contraminuta, anotou-se a subsistência da decisão.

Inicialmente, o ministro Luiz Fux desproveu o agravo, por entender que não teria havido o prequestionamento concernente aos dispositivos constitucionais tidos por violados

ARE 713211 RG / MG

e que seria necessário o reexame de matéria fática e legal. A Primeira Turma negou provimento ao agravo regimental protocolado. Embargos de declaração foram providos para determinar-se o processamento do recurso extraordinário, com a submissão ao “Plenário Virtual”.

Eis o pronunciamento do relator:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE.

1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.

2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.

3. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.

4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas

ARE 713211 RG / MG

por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, *ex vi* art. 543, CPC.

2. A inserção do processo no denominado Plenário Virtual pressupõe a liberação das peças que o compõem, viabilizando, com isso, o exame da controvérsia.

No mais, a situação concreta mostra-se passível de repetir-se em inúmeros processos. O princípio da legalidade é medula do Estado Democrático de Direito, cabendo ao Supremo preservá-lo. Para tanto, há de distinguir pronunciamentos judiciais no que colocada em segundo plano norma expressa sobre a possibilidade de ter-se, mediante contrato, o surgimento de relação jurídica.

3. Admito configurada a repercussão geral.

4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação própria ao incidente.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 11 de maio de 2014, às 13h05.

Ministro MARCO AURÉLIO

**Anexo 3 – Repercussão geral no recurso extraordinário com
agravo 791.932**

05/06/2014

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
791.932 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. TEORI ZAVASCKI**
RECTE.(S) : **CONTAX S/A**
ADV.(A/S) : **JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **TATIANE MEIRE DA SILVA**
ADV.(A/S) : **MARCELO DA COSTA E SILVA E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **TELEMAR NORTE LESTE S/A**
ADV.(A/S) : **WELINGTON MONTE CARLO CARVALHAES
FILHO E OUTRO(A/S)**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. “TERCEIRIZAÇÃO”. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 94, II, DA LEI 9.472/97 PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. Possui repercussão geral a questão relativa à ofensa ou não ao princípio da reserva de plenário em razão da não-aplicação, pelo Tribunal Superior do Trabalho, a empresas de telecomunicações, do art. 94, II, da Lei 9.472/97, que permite, a concessionárias de serviço público a “terceirização” de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço.

2. Repercussão geral reconhecida.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencida a Ministra Rosa Weber. Não se manifestou o Ministro Joaquim Barbosa. Impedido o Ministro Roberto Barroso. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

ARE 791932 RG / DF

Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator

05/06/2014

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
791.932 DISTRITO FEDERAL**

Decisão: 1. Trata-se de agravo de decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em reclamatória trabalhista ajuizada por atendente contratada por empresa prestadora de serviços de call center, figurando como reclamadas essa pessoa jurídica (Contax S/A) e a empresa operadora dos serviços de telefonia (Telemar Norte Leste S/A). O Tribunal Superior do Trabalho decidiu, em suma, que (a) o acórdão de origem, reconhecendo a responsabilidade de empresa operadora de telefonia por obrigações trabalhistas, está em consonância com a Súmula 331/TST, que veda a contratação de empregados por empresa interposta, salvo em caso de trabalho temporário; (b) não é legítima a terceirização dos serviços de call center pelas empresas de telecomunicações; (c) a violação aos arts. 1º, IV, 5º, II, e 170, da CF, se houvesse, teria sido reflexa, o que não autoriza a interposição do recurso de revista; (d) não houve, no caso, declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei, apenas interpretação sistemática das normas pertinentes à matéria, o que afasta a incidência da Súmula Vinculante 10 do STF.

No recurso extraordinário, a parte recorrente sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC, porquanto a questão ultrapassa o interesse subjetivo das partes.

Aponta ofensa aos seguintes dispositivos constitucionais: (a) arts. 5º, LIV, e 97, pois (I) o TST reconheceu o vínculo de emprego entre a reclamante

ARE 791932 RG / DF

e a tomadora de serviços e, (II) ao assim proceder, deixou de aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/97 sem declarar, em Plenário, sua inconstitucionalidade, desrespeitando abertamente o preceituado na Súmula Vinculante 10; (b) art. 170, III, porque a terceirização de atividades inerentes aos serviços de telecomunicações prestigia a busca do pleno emprego (...) (fl. 17 v. 25); (c) art. 5º, II, ao argumento de que o acórdão recorrido pretende reconhecer vínculo empregatício com o tomador do serviço, em violação direta ao dispositivo de lei ordinária que regula o serviço de telecomunicações (fl. 11 v. 25). Sustenta, ademais, violação aos arts. 5º, II, e 175 da Constituição Federal. Alega, ainda, que (a) a tomadora de serviços, ao terceirizar a atividade de call center, o fez com respaldo na legislação vigente; e (b) a atividade de call center é distinta dos serviços de telecomunicações, com regulamentação específica no Anexo II, da NR 17, sequer estando sujeita à fiscalização da ANATEL.

Requer, por fim, o provimento do recurso extraordinário para que seja julgada improcedente a demanda, em relação à empresa operadora de telefonia. Sem contrarrazões (v. 28).

O TST inadmitiu o recurso extraordinário ao fundamento de que, em casos análogos, o STF vem decidindo que (a) não há violação ao princípio da reserva de plenário; (b) dissentir do acórdão recorrido demandaria a interpretação da legislação infraconstitucional e o reexame de fatos e provas; (c) incabível a interposição do recurso extraordinário por violação ao art. 5º, II, da CF, a teor da Súmula 636 do STF. Sustentou-se, ademais, que esta Corte negou a repercussão geral do tema.

ARE 791932 RG / DF

Interposto agravo em recurso extraordinário, o recurso foi recebido pelo TST como agravo interno, ao qual foi negado provimento. Os autos vieram ao STF em função da procedência da Reclamação 16.636/MG (de minha relatoria, DJe de 04/11/2013).

2. Conforme restou consignado na decisão da Reclamação 16.636/MG, não houve, com relação ao tema tratado no recurso extraordinário, rejeição ou reconhecimento expresso de repercussão geral pelo órgão desta Corte legitimado para tanto. Assim, deveria o TST ter remetido ao STF o agravo que impugnara a decisão de admissibilidade do recurso extraordinário.

Quanto aos óbices ali alegados, cumpre afirmar que (a) a questão prescinde de reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos; e (b) não há, nesta Corte, jurisprudência consolidada que afaste a violação ao art. 97 da CF na específica hipótese, a autorizar a inadmissão do recurso extraordinário na situação aqui tratada.

3. No que toca à alegação de ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal, em relação ao princípio da legalidade, incide o óbice da Súmula 636/STF: Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

4. No que toca aos arts. 5º, II, LIV, 170, III, 175, da Constituição Federal, não há prequestionamento no acórdão recorrido, tampouco a questão foi suscitada no momento oportuno, em sede dos embargos de declaração, razão pela qual não pode ser o recurso extraordinário

ARE 791932 RG / DF

conhecido no ponto, incidindo o óbice das súmulas 282 e 356 do STF. Da mesma forma, no tocante aos arts. 5º, II, e 170, III, da CF, o acórdão recorrido limitou-se a afirmar que eventual ofensa seria reflexa, o que não autorizaria o recurso de revista. Assim, não há que se cogitar o prequestionamento de tais dispositivos.

5. Quanto à alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, diz respeito a temas cuja existência de repercussão geral foi rejeitada por esta Corte na análise do ARE 748.371-RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), por se tratar de questão infraconstitucional. Registre-se que a decisão de inexistência de repercussão geral tem eficácia em relação a todos os recursos sobre matéria idêntica (art. 543-A, § 5º, do CPC c/c art. 327, § 1º, do RISTF).

6. Todavia, o recurso merece ser conhecido pela alegada ofensa ao art. 97 da Constituição. Realmente, a questão constitucional mais enfatizada no recurso extraordinário é a da ofensa ao princípio da reserva de plenário, previsto no art. 97 da Constituição e na Súmula Vinculante 10, em face da não-aplicação, pelas instâncias de origem, do art. 94, II, da Lei 9.472/97, que assim dispõe:

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

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

ARE 791932 RG / DF

associados.

7. Como se vê, a questão possui repercussão geral do ponto de vista jurídico, já que envolve a declaração ou não de inconstitucionalidade do citado art. 94, II, da Lei 9.472/97. Além disso, a matéria transcende os limites subjetivos da causa, eis que questão semelhante está reproduzida em inúmeras demandas, muitas delas já em fase de recurso no STF.

8. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 15 de maio de 2014.

Ministro Teori Zavascki

Relator

Documento assinado digitalmente

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
791.932 DISTRITO FEDERAL**

PRONUNCIAMENTO

**TELECOMUNICAÇÕES – SERVIÇOS
TERCEIRIZADOS – PREVISÃO EM
NORMA LEGAL – AFASTAMENTO –
AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DA
RESERVA DE PLENÁRIO – RECURSO
EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO
GERAL CONFIGURADA.**

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 791.932/DF, da relatoria do ministro Teori Zavascki, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 16 de maio de 2014.

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao desprover o agravo de instrumento, consignou ser irrepreensível a decisão agravada, no que se assentou a ilicitude da terceirização, assinalando ter a reclamante prestado diretamente à reclamada serviços inerentes à respectiva atividade-fim, apesar de contratada para atuar na implementação de central de atendimento ao cliente – *call center* –, encontrando-se o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho em consonância com os itens I e III do Verbete nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Disse da ausência de ofensa aos artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso II, e 170 da Constituição Federal, mas, caso existente, não revelaria uma violação direta. No tocante à apontada transgressão dos artigos 5º, inciso XXXVI, e 7º, inciso XXVI, do Diploma Maior, afirmou que o deferimento de vantagens decorrentes das normas coletivas que alcançam os empregados da tomadora dos serviços é mera consequência do

ARE 791932 RG / DF

reconhecimento do vínculo empregatício com aquela. Afastou a suposta contrariedade ao Verbete Vinculante nº 10, explicitando não ter havido, na espécie, declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei, mas apenas a interpretação sistemática das normas relativas à matéria.

Não houve a interposição de embargos de declaração.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” e § 3º do permissivo constitucional bem como no artigo 323, § 2º, do Regimento Interno do Supremo, a recorrente argui desrespeito ao Verbete Vinculante nº 10 e aos artigos 5º, inciso II, 97, 170 e 175 da Carta de 1988. Sustenta que, à época da edição do Verbete nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, inexistiam regras a respeito da terceirização, as quais somente surgiram após a privatização de vários setores da economia, encontrando-se desatualizado o referido enunciado, mesmo após a revisão havida em 2011. Ressalta que, no campo das telecomunicações, a terceirização pode ocorrer em atividades inerentes ao sistema, específicas da própria empresa, em virtude do caráter técnico e das repercussões na segurança nacional. Articula com os artigos 25, § 1º, da Lei nº 8.987/94 e 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, os quais preveem a contratação de terceiros para o desenvolvimento de atribuições próprias ao serviço concedido, observando que a expressão “atividades inerentes”, empregada nos dispositivos legais, refere-se à atividade-fim da empresa. Aduz que o Tribunal Superior, ao afastar a aplicação dos aludidos diplomas, violou os mencionados preceitos do Diploma Maior e o Verbete Vinculante nº 10, porquanto não houve a declaração de inconstitucionalidade das normas em Plenário nem existe previsão legal para que se determine o vínculo de emprego com a tomadora do serviço. Salienta que a atividade exercida pela reclamante, de atendimento ao cliente – *call center* –, não se enquadra na atuação precípua das empresas de telecomunicações, relativas a transmissão, emissão ou recepção

ARE 791932 RG / DF

de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons e informações de qualquer natureza. Transcreve voto do ministro Ives Gandra Martins Filho, no qual veiculadas informações obtidas em audiência pública sobre terceirização realizada no Tribunal Superior do Trabalho.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma que a matéria versada no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide, tendo relevância econômica, política, jurídica e social, pois o recurso tem por objetivo assegurar o respeito ao Verbete Vinculante nº 10 e a princípios constitucionais. Discorre sobre a importância do setor de telecomunicações.

A recorrida, apesar de intimada, não apresentou contrarrazões.

O extraordinário não foi admitido na origem. Seguiu-se a interposição de agravo de instrumento, o qual veio a ser reautuado como agravo do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil. O Órgão Especial o desproveu. O recurso extraordinário com agravo veio ao Supremo em razão de ato formalizado pelo ministro Teori Zavascki na Reclamação nº 16.636/MG.

Eis o pronunciamento do ministro Teori Zavascki:

Decisão: 1. Trata-se de agravo de decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em reclamatória trabalhista ajuizada por atendente contratada por empresa prestadora de serviços de *call center*, figurando como reclamadas essa pessoa jurídica (Contax S/A) e a empresa operadora dos serviços de telefonia (Telemar Norte Leste S/A). O Tribunal Superior do Trabalho decidiu, em suma, que (a) o acórdão de origem, reconhecendo a responsabilidade de empresa operadora

ARE 791932 RG / DF

de telefonia por obrigações trabalhistas, está em consonância com a Súmula 331/TST, que veda a contratação de empregados por empresa interposta, salvo em caso de trabalho temporário; (b) não é legítima a terceirização dos serviços de *call center* pelas empresas de telecomunicações; (c) a violação aos arts. 1º, IV, 5º, II, e 170, da CF, se houvesse, teria sido reflexa, o que não autoriza a interposição do recurso de revista; (d) não houve, no caso, declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei, apenas interpretação sistemática das normas pertinentes à matéria, o que afasta a incidência da Súmula Vinculante 10 do STF.

No recurso extraordinário, a parte recorrente sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC, porquanto a questão ultrapassa o interesse subjetivo das partes.

Aponta ofensa aos seguintes dispositivos constitucionais: (a) arts. 5º, LIV, e 97, pois (I) o TST reconheceu o vínculo de emprego entre a reclamante e a tomadora de serviços e, (II) ao assim proceder, deixou de aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/97 sem declarar, em Plenário, sua inconstitucionalidade, desrespeitando abertamente o preceituado na Súmula Vinculante 10; (b) art. 170, III, porque a terceirização de atividades inerentes aos serviços de telecomunicações prestigia a busca do pleno emprego (...) (fl. 17 v. 25); (c) art. 5º, II, ao argumento de que o acórdão recorrido pretende reconhecer vínculo empregatício com o tomador do serviço, em violação direta ao dispositivo de lei ordinária que regula o serviço de telecomunicações (fl. 11 v. 25). Sustenta, ademais, violação aos arts. 5º, II, e 175 da Constituição Federal. Alega, ainda, que (a) a tomadora de serviços, ao terceirizar a atividade de call center, o fez com respaldo na legislação vigente; e (b) a atividade de call center é distinta dos serviços de telecomunicações, com

ARE 791932 RG / DF

regulamentação específica no Anexo II, da NR 17, sequer estando sujeita à fiscalização da ANATEL.

Requer, por fim, o provimento do recurso extraordinário para que seja julgada improcedente a demanda, em relação à empresa operadora de telefonia.

Sem contrarrazões (v. 28).

O TST inadmitiu o recurso extraordinário ao fundamento de que, em casos análogos, o STF vem decidindo que (a) não há violação ao princípio da reserva de plenário; (b) dissentir do acórdão recorrido demandaria a interpretação da legislação infraconstitucional e o reexame de fatos e provas; (c) incabível a interposição do recurso extraordinário por violação ao art. 5º, II, da CF, a teor da Súmula 636 do STF. Sustentou-se, ademais, que esta Corte negou a repercussão geral do tema.

Interposto agravo em recurso extraordinário, o recurso foi recebido pelo TST como agravo interno, ao qual foi negado provimento. Os autos vieram ao STF em função da procedência da Reclamação 16.636/MG (de minha relatoria, DJe de 04/11/2013).

2. Conforme restou consignado na decisão da Reclamação 16.636/MG, não houve, com relação ao tema tratado no recurso extraordinário, rejeição ou reconhecimento expresso de repercussão geral pelo órgão desta Corte legitimado para tanto. Assim, deveria o TST ter remetido ao STF o agravo que impugnara a decisão de admissibilidade do recurso extraordinário.

Quanto aos óbices ali alegados, cumpre afirmar que (a) a questão prescinde de reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos; e (b) não há, nesta Corte, jurisprudência consolidada que afaste a violação ao art. 97 da CF na específica hipótese, a autorizar a inadmissão do recurso extraordinário na situação aqui tratada.

3. No que toca à alegação de ofensa ao art. 5º, II, da

ARE 791932 RG / DF

Constituição Federal, em relação ao princípio da legalidade, incide o óbice da Súmula 636/STF: Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

4. No que toca aos arts. 5º, II, LIV, 170, III, 175, da Constituição Federal, não há prequestionamento no acórdão recorrido, tampouco a questão foi suscitada no momento oportuno, em sede dos embargos de declaração, razão pela qual não pode ser o recurso extraordinário conhecido no ponto, incidindo o óbice das súmulas 282 e 356 do STF. Da mesma forma, no tocante aos arts. 5º, II, e 170, III, da CF, o acórdão recorrido limitou-se a afirmar que eventual ofensa seria reflexa, o que não autorizaria o recurso de revista. Assim, não há que se cogitar o prequestionamento de tais dispositivos.

5. Quanto à alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, diz respeito a temas cuja existência de repercussão geral foi rejeitada por esta Corte na análise do ARE 748.371-RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), por se tratar de questão infraconstitucional. Registre-se que a decisão de inexistência de repercussão geral tem eficácia em relação a todos os recursos sobre matéria idêntica (art. 543-A, § 5º, do CPC c/c art. 327, § 1º, do RISTF).

6. Todavia, o recurso merece ser conhecido pela alegada ofensa ao art. 97 da Constituição. Realmente, a questão constitucional mais enfatizada no recurso extraordinário é a da ofensa ao princípio da reserva de plenário, previsto no art. 97 da Constituição e na Súmula Vinculante 10, em face da não-aplicação, pelas instâncias de origem, do art. 94, II, da Lei 9.472/97, que assim dispõe:

ARE 791932 RG / DF

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

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

7. Como se vê, a questão possui repercussão geral do ponto de vista jurídico, já que envolve a declaração ou não de inconstitucionalidade do citado art. 94, II, da Lei 9.472/97. Além disso, a matéria transcende os limites subjetivos da causa, eis que questão semelhante está reproduzida em inúmeras demandas, muitas delas já em fase de recurso no STF.

8. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 15 de maio de 2014.

Ministro Teori Zavascki
Relator

2. Na espécie, glosou-se a terceirização dos serviços sem que houvesse pronunciamento do órgão competente quanto ao conflito da norma do artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97 com a Carta da República. Conforme fez ver o relator, de início, o caso está alcançado pelo Verbete nº 10 da Súmula Vinculante. Esclareço que, ante a decisão do relator, tenho como provido o agravo interposto e processado, portanto, o extraordinário.

3. Manifesto-me no sentido da configuração da repercussão geral.

ARE 791932 RG / DF

4. Ao Gabinete, para acompanhar a tramitação do incidente, inclusive quanto a processos que aguardam exame.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 30 de maio de 2014, às 16h.

Ministro MARCO AURÉLIO

Anexo 4 – Ação Declaratória de Constitucionalidade n ° 16

24/11/2010

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
REQTE.(S) : **GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**
ADV.(A/S) : **PGDF - ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN E**
OUTRO(A/S)

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro CEZAR PELUSO, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro AYRES BRITTO. Impedido o Senhor Ministro DIAS TOFFOLI.

Brasília, 24 de novembro de 2010.

Ministro CEZAR PELUSO
Presidente e Relator



10/09/2008

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL
ADV.(A/S) : PGDF - ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN E
OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de liminar, movida pelo Governador do Distrito Federal, que pretende declaração de que o art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, é válido segundo a vigente ordem constitucional (fls. 02/23). É esta a redação da norma:

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

Segundo alega o autor, esse dispositivo legal “*tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de*

ADC 16 / DF

terceiro especializado” (fls. 03).

Está assim redigido o **Enunciado nº 331** do Tribunal Superior do Trabalho:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quando 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 (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)”.

Ainda nos termos da inicial, tal entendimento ofenderia “os princípios da legalidade, da liberdade, o princípio da ampla acessibilidade nas licitações públicas e o princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo (arts. 5º, inciso II, e 37, caput, inciso XXI, e § 6º, da Constituição Federal” (fls. 11).

Dai, pediu concessão de medida liminar, para “determinar que os juízes e Tribunais suspendam imediatamente todos os processos que envolvam a aplicação do inciso IV, do Enunciado nº 331, do TST, até o julgamento definitivo da presente ação, ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão, a qualquer título, que impeça ou afaste a eficácia do artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93; e suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93 ou que tenham aplicado o inciso IV, do Enunciado nº 331, da Súmula de jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho” (fls. 22/23).

A liminar foi indeferida às fls. 340/341, em razão da complexidade da causa de pedir em que se funda a pretensão, bem como da gravidade desta. Contra tal decisão foi interposto o agravo regimental de fls. 353/369, sob fundamento de “que a negativa de liminar em Ação Declaratória de Constitucionalidade equivale, na prática, a uma decisão liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade.” (fls. 362).

ADC 16 / DF

A Presidência do Tribunal Superior do Trabalho prestou as informações de fls. 373/380, em que afirma, em resumo, que em momento algum essa Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido, sob argumento fundamental de que *“Não foi trazido aos autos qualquer indício de que o § 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93, tenha tido sua constitucionalidade verdadeiramente contestada.”* (fls. 386).

É o relatório.

10/09/2008

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL

VOTO**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):****1. Incognoscível o pedido.**

O autor é carecedor da ação, por falta de interesse processual ou de agir, na particular conformação que essa condição adquire na disciplina legal da via da ação direta de constitucionalidade.

É que, conforme assentado entendimento da Corte, tirado à luz do disposto no art. 14, III, da Lei federal nº 9.868/99, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados à propositura da ação declaratória de constitucionalidade, é mister preexista efetiva e relevante controvérsia judicial que, manifestada em causa ou causas onde se exerceu controle difuso de constitucionalidade, deve ser demonstrada desde logo à petição inicial. Nesse sentido, o voto condutor do Min. **MOREIRA ALVES** na **Questão de Ordem da ADC nº 1**:

"(...) é também inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, **para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexista controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada na inicial, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente. Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o**

ADC 16 / DF

entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há, assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes". (grifado).

O entendimento foi reafirmado pela Corte no julgamento da **ADC nº 8-MC-DF** (Rel. Min. **CELSO DE MELLO**, DJ 04-04-2003), de cuja ementa, no ponto que interessa, consta:

"O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, **supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal**. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa 'in abstracto', pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal." (grifado).

E é o que sustenta avisada doutrina:

"Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo. Assim, não se afigura admissível a propositura de ação direta de constitucionalidade, se não houver **controvérsia** ou **dúvida** relevante quanto à legitimidade

ADC 16 / DF

da norma".¹

Nos termos do art. 14, III, da Lei nº 9.868/99, consagrou-se, portanto, na doutrina e na jurisprudência da Corte, aliás como requisito óbvio de acesso justificado à jurisdição, despida de funções consultivas, a necessidade de demonstração liminar da existência de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional da norma, como requisito indispensável à instauração do processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Nesse quadro, escusa provar a existência de pronunciamentos judiciais de constitucionalidade da norma, porquanto isso já se presume; mas é de todo indeclinável evidenciar, já na petição inicial, tenha havido decisões que, em juízo incidental, lhe declararam a inconstitucionalidade.

Não o fez, todavia, o autor.

À petição inicial, limitou-se a juntar cópias de três decisões de Tribunais Regionais do Trabalho, cujas ementas bem sintetizam o conteúdo das pronúncias judiciais nos limites das lides, em que não foi posta em xeque a constitucionalidade do preceito objeto desta demanda:

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Havendo regular contratação, por via de licitação, e cumprimento dos termos dos contratos administrativos, não há como reconhecer a culpa in eligendo ou in vigilando, ou até mesmo a responsabilidade objetiva, do ente municipal tomador dos serviços sobre os créditos trabalhistas de suas contratadas." (TRT da 12ª Região, Ac.-2ªT-Nº 07482/2006 RO-V 02282-2005-049-12-00-3 - cópia do acórdão às fls. 24).

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - INEXISTÊNCIA -

1 MENDES, Gilmar Ferreira. *A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional 3, de 1993*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, e MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. 1ª ed., SP: Saraiva, 1995, p. 86. Grifos do original. No mesmo sentido, cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Ação declaratória de constitucionalidade*. *Ibid.*, p. 118, nº 9; CARVALHO NETO, Inacio. *Ação declaratória de constitucionalidade à luz da lei 9.868/99*. 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2006, p. 97-102.

ADC 16 / DF

Inexiste responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços pelos débitos trabalhistas da prestadora, sem prova de insolvência desta. Recurso conhecido, mas não provido." (TRT da 7ª Região, Ac.00309/2002-003-07-0 - cópia do acórdão às fls. 41).

"TOMADOR DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INEXISTÊNCIA. Uma vez que não há previsão legal, os débitos trabalhistas da empresa contratada via licitação pública não podem ser atribuídos ao integrante da Administração Pública." (TRT da 7ª Região, Ac.01056/2003-007-07-00-9 - cópia do acórdão às fls. 42)

Como se lhes vê logo à leitura do inteiro teor, tais decisões não versaram questão de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em se tendo adstrito a afastar a orientação do Tribunal Superior do Trabalho, firmada no item IV do **Enunciado nº 331**.²

Aliás, nem sequer o Tribunal Superior do Trabalho declarou a inconstitucionalidade desse art. 71, § 1º, seja no item IV do **Enunciado nº 331**, seja no julgamento que lhe deu origem, conforme já se lhe pode observar à leitura mesma do acórdão (fls. 373-376). A redação atual do item IV do **Enunciado nº 331** resultou do julgamento, por votação unânime, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, cuja ementa, que reproduz com fidelidade a substância da decisão, é a seguinte:

"INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71

2 Eis os seus termos: "O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)."

ADC 16 / DF

da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo." (fls. 374).

ADC 16 / DF

Não precisava fazê-lo, tão claros e inequívocos são ao propósito os termos desse acórdão, mas, ao prestar informações, o Ministro Presidente daquele excelso tribunal consignou:

“Verifica-se que em nenhum momento o Tribunal cogitou de declarar inconstitucional o art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, apenas afirmou que a sua aplicação, relativamente aos contratos de terceirização de mão-de-obra firmados pela Administração Pública em geral, empresas públicas e sociedades de economia mista, está submetida, também, à regência de outros dispositivos constitucionais e legais” (fls. 378).

A comprovação faltante é imprescindível, *“pois constitui elemento fundamental para que a ação possa ser recebida e conhecida. Sem ela a petição é inepta, por carecer de elemento essencial legalmente exigido [pelo art. 14, III, da Lei nº 9.868/99].”* (ADC nº 15, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, decisão monocrática, DJ de 27-3-07).

2. Diante do exposto, **julgo o autor carecedor da ação**, por falta de interesse objetivo de agir, indeferindo a petição inicial, nos termos do art. 15 da Lei nº 9.868/99, cc. art. 295, III, do CPC, e, em consequência, julgando prejudicado o agravo regimental.

10/09/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16-9 DISTRITO FEDERAL

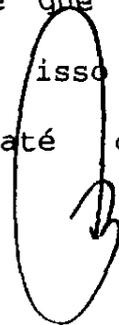
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, hoje estou praticamente sem voz, mas gostaria de ressaltar certos aspectos que talvez possam levar a Corte a abrir esse embrulho.

O primeiro, a declaratória de constitucionalidade é irmã gêmea da ação direta de inconstitucionalidade. Devemos encarar o que se contém na legislação ordinária de forma relativa, no que exige a demonstração inequívoca de controvérsia judiciária.

O segundo aspecto está ligado à multiplicação de conflitos de interesse envolvendo a matéria. E conflitos de interesses em que, levando em conta a interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho, na maioria das vezes - pelo menos não me lembro de ter enfrentado esse tema na Turma -, os processos, com ele, não chegam ao Supremo.

Em terceiro lugar, o que ocorreu na espécie? Uma declaração branca de inconstitucionalidade da Lei das Licitações. E já glosamos essa espécie de assentamento de conflito de certa norma com a Carta Federal sem chegar-se ao incidente de inconstitucionalidade. Temos inclusive um verbete vinculante.

O meu querido ex-Tribunal, o meu eterno Tribunal, Tribunal Superior do Trabalho, editou verbete que passou a ser observado pelas demais instâncias trabalhistas, isso no âmbito de uma disciplina judiciária, recomendável até certo ponto.



ADC 16 / DF

Evidentemente, se formos esperar a demonstração inequívoca, inclusive com contagem de pronunciamentos num sentido e noutro, jamais enfrentaríamos esse tema.

O que temos no cenário? O afastamento, por um verbete, de súmula da jurisprudência predominante de certo Tribunal Superior, de um preceito legal, à mercê - não vou adiantar o ponto de vista - de uma interpretação toda própria - e diria aqui, já adiantando esse mesmo ponto de vista -, ampliativa da solidariedade prevista no § 2º do artigo 2ª da Consolidação das Leis do Trabalho.

Apontou a ilustre profissional - Dra. Roberta Kaufmann - e não chegamos a atuar juntos no Tribunal Superior do Trabalho, mas no Supremo -, procuradora do Distrito Federal, que, no caso, há o interesse que não é apenas o do Distrito Federal, mesmo porque estamos diante de um processo objetivo. Várias entidades da Federação articularam a matéria como terceiras no processo, e tivemos até mesmo a sustentação da tribuna, falando pela União o Dr. Toffoli.

Creio que não podemos ser tão ortodoxos nesse tema, sob pena de perpetuar o que até aqui prevalecente, porque não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra o verbete do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse enfoque, fiquei vencido, uma vez que, ante a eficácia dos verbetes, admito o controle concentrado de constitucionalidade. De qualquer forma, surge o conflito, pelo menos aparente, entre a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei de

ADC 16 / DF

Licitações, colocando-se em segundo plano - repito - norma expressa, categórica, clara, precisa, a revelar que a tomadora dos serviços - serviços terceirizados - não tem responsabilidade, considerados os ônus trabalhistas.

Por isso, peço vênias para divergir e admitir, no caso, a declaratória de constitucionalidade.

10/09/2008

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16-9 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) -

Senhor Presidente, permita-me, mas insisto no meu ponto de vista quando me referi à falta de interesse.

A minha insistência quanto a esse ponto de vista, com o devido respeito, Sr. Presidente - isto aqui é fundamental, por isso foi afirmada a falta de interesse, e partindo do pressuposto de que tenha havido alguma controvérsia relevante sobre isso -, está em supor que o reconhecimento da constitucionalidade do art.71 não afasta a aplicação do enunciado, nem muda a jurisprudência do TST. Porque ela não se baseia na inconstitucionalidade do art. 71, mas na apreciação de fatos, de comportamento da administração pública e no 37, § 6º, como ficou claro da transcrição que fiz do acórdão que deu a origem a esse enunciado. Noutras palavras, não é o art.71 que ditou o enunciado da súmula. É a consideração de fatos concretos que levaram a elaborar um enunciado diante de circunstâncias de comportamento da administração pública. O que adianta à



ADC 16 / DF

solução desses conflitos que o Tribunal reconheça a constitucionalidade do art.71?

O egrégio Tribunal Superior do Trabalho reconheceu expressamente a constitucionalidade no enunciado (no final do enunciado). Está aqui. Vou ler o enunciado. Está no art.71 da Lei:

"Trata-se de reconhecer..." - o enunciado reconhece a constitucionalidade. O que adianta o Supremo dizer, repetindo o Tribunal Superior do Trabalho, que o art.71 é constitucional? Nada. o enunciado permanece e subsiste do mesmo modo. Ou seja, a responsabilidade que a Justiça trabalhista tem reconhecido à Administração Pública, nos casos concretos, decorre do exame destes. Tanto o é, que a condição final para reconhecimento, nos termos do enunciado da súmula da responsabilidade da administração, é a seguinte:

"...desde que haja participado da relação processual" - isto é, desde que a Administração Pública esteja dentro do processo e tenha se defendido - e conste também do título executivo judicial."

Noutras palavras, que ela tenha sido condenada dentro do processo. 

ADC 16 / DF

Ora, o que tem a ver isso com a constitucionalidade do artigo 71? Nada. Em suma, é inútil para o Tribunal perder-se, aqui, a reconhecer uma constitucionalidade que jamais esteve dúvida em lugar nenhum, porque a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não vai modificar-se por causa disso!

Razão por que, com o devido respeito, mantenho o meu voto.



10/09/2008

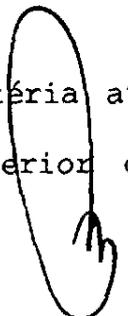
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16-9 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, pela ordem. Longe de mim polemizar ou digladiar, especialmente com o Vice-Presidente do Supremo, um juiz de carreira, mas, a meu ver, a razão de ser do verbete foi única: pacificar a jurisprudência no que os Tribunais Regionais do Trabalho - hoje vinte e quatro no território nacional - vinham julgando de forma diversificada. E já os filósofos materialistas gregos, há 2.500 anos, revelaram - há um fragmento de Leucipo - que nada surge sem uma causa. Se a jurisprudência fosse pacífica no sentido da responsabilidade, não teria o Tribunal Superior do Trabalho editado o verbete.

A utilidade deste julgamento, a meu ver, é enorme, porque, como ressaltai, quando da edição do verbete, implicitamente se projetou para o campo da inconstitucionalidade o que disposto no artigo 71 da Lei nº 8.666/93, Lei Geral de Licitações. Se avançarmos e viermos a declarar a constitucionalidade do ato normativo - e acredito na ordem natural das coisas -, o próprio Tribunal Superior do Trabalho reverá o verbete. E a consequência - digo até mais, porque se respeitam as decisões do Supremo - de uma possível glosa do verbete será a retirada, com toda a certeza, desse mesmo verbete do mundo jurídico.

Por isso, penso que devemos enfrentar a matéria até mesmo para que não se tenha um verbete do Tribunal Superior do

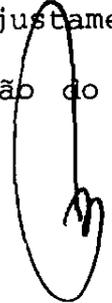


ADC 16 / DF

Trabalho com eficácia que suplante dispositivo legal emanado do Congresso Nacional.

Poderemos concluir pela inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e, então, estaremos julgando a matéria de fundo deste processo. Agora, simplesmente dizer que não tivemos, porque restou pacificada a matéria pelo Tribunal Superior do Trabalho, mediante verbete de súmula, controvérsias sobre o tema é desconhecer o móvel do surgimento de um verbete, que é justamente o descompasso de entendimentos, considerada a interpretação do mesmo arcabouço normativo, para se pacificar a jurisprudência.

Mantenho o voto.



10/09/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 16

VISTA

O SR. MINISTRO MENEZES DIREITO - Senhor Presidente, a controvérsia é interessante.

Peço vênua aos Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio para pedir vista dos autos.

** ** *

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Menezes Direito. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16-9

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

REQTE.(S): GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

ADV.(A/S): PGDF - ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que não conhecia da ação declaratória de constitucionalidade por não ver o requisito da controvérsia judicial, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que a reconhecia e dava seguimento à ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente, a Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.09.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

24/11/2010

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL

VOTO**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:**

1. Busca-se nesta ação a declaração de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, o qual dispõe:

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis” (redação conferida pela Lei n. 9.032, de 1995).

2. Na sessão plenária de 10.9.2008, o Relator, Ministro Cezar Peluso, votou no sentido de não conhecer da ação, em face, basicamente, da ausência de demonstração liminar da existência de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional da norma referida, conforme exigido e consolidado na jurisprudência deste Supremo Tribunal relativamente à ação declaratória de constitucionalidade.

Na ocasião, afirmou Sua Excelência:

“À petição inicial, limitou-se [o autor] a juntar cópias de três decisões de Tribunais Regionais do Trabalho, cujas ementas bem sintetizam o conteúdo das pronúncias judiciais nos limites das lides, em que não foi posta em xeque a constitucionalidade do preceito objeto desta demanda (...).

Como se lhes vê logo à leitura do inteiro teor, tais decisões não

ADC 16 / DF

versaram questão de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, em se tendo adstrito a afastar a orientação do Tribunal Superior do Trabalho, firmada no item IV do Enunciado n. 331.

Aliás, nem sequer o Tribunal Superior do Trabalho declarou a inconstitucionalidade desse art. 71, § 1º, seja no item IV do Enunciado n. 331, seja no julgamento que lhe deu origem, conforme já se lhe pode observar à leitura mesma do acórdão (fls. 373-376)."

Ainda segundo o Ministro Cezar Peluso, Relator, o Autor sequer teria interesse objetivo de agir, pois o eventual reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações nesta ação não afastaria a aplicação do enunciado referido, a que decorreria da apreciação de fatos, de comportamento da Administração Pública, não estando fundada, portanto, na inconstitucionalidade da norma objeto desta ação.

3. Naquela mesma assentada, o Ministro Marco Aurélio votou pela admissão da ação, por entender demonstrada a existência de efetiva e relevante controvérsia judicial sobre a interpretação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.

Asseverou Sua Excelência que, se a jurisprudência trabalhista fosse pacífica no sentido da responsabilização subsidiária da Administração Pública, o Tribunal Superior do Trabalho não teria editado o inc. IV da Súmula n. 331, projetando para o campo da inconstitucionalidade o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, motivo pelo qual a eventual procedência desta ação declaratória resultaria na revisão daquele verbete pelo TST, com a sua provável retirada do mundo jurídico.

4. O julgamento foi, então, suspenso pelo pedido de vista feito pelo saudoso Ministro Menezes Direito.

5. Com o falecimento de Sua Excelência e em razão da atuação de seu sucessor, o Ministro Dias Toffoli, como Advogado-Geral da União na

ADC 16 / DF

causa, vieram-me os autos para a continuidade do julgamento.

6. São estas as anotações que faço para rememorar o caso aos eminentes Pares.

7. Ênfato, inicialmente, ser objeto desta ação o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, que se reveste dos atributos de generalidade, impessoalidade e abstratividade, sendo, portanto, perfeitamente passível de controle concentrado de constitucionalidade.

Contudo, o que se põe em discussão, por ora, é tão-somente o atendimento, pelo Autor, do requisito previsto no inc. III do art. 14 da Lei n. 9.868/99, segundo qual a petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade indicará *"a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória"*.

8. Mesmo análogos, embora em sentidos inversos, os efeitos da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a hipótese de cabimento para uma não é a mesma para a outra.

Basta a existência de uma norma inconstitucional para que se possa arguir ter sido ofendida a Constituição, enquanto apenas se uma norma constitucional tiver sua presunção de constitucionalidade gravemente abalada é que se abrirá espaço para o aproveitamento da ação declaratória de que ora se cuida.

Sobre o tema, afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, no voto que proferiu no julgamento da questão de ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1, *verbis*:

"... tanto se ofende à Constituição aplicando lei inconstitucional quanto negando aplicação, a pretexto de inconstitucionalidade, à lei que não o seja. Em ambos os casos, fere-se a supremacia da

ADC 16 / DF*Constituição.*

Dá-se, porém, que, ao contrário do que sucede na ADIn, à vista da presunção de constitucionalidade, só a resistência concreta à aplicação de determinada norma legal substantiva o interesse de agir para a declaração de sua constitucionalidade. Mostrou o eminente Relator [Ministro Moreira Alves], portanto, que o interesse de agir só se atualiza, só se manifesta de modo a autorizar a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, quando haja controvérsia judicial, objetivamente demonstrada e em proporções relevantes, sobre a validade de determinada norma legal" (Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16.6.1995).

Firmou-se, naquele julgamento, o entendimento segundo o qual a comprovação da existência de dissídio judicial relevante é imprescindível para o conhecimento desta ação de controle concentrado de constitucionalidade, pois, conforme asseverou o insigne Ministro Moreira Alves naquele precedente, *"a delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar (...)"*.

Sem essa demonstração, portanto, a petição inicial seria inepta, por carecer de elemento essencial para a compreensão da controvérsia, a qual deve ser relevante a ponto de instaurar, nas palavras do nosso decano, o Ministro Celso de Mello, *"verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal"* (Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 8, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 4.4.2003).

9. Na espécie em foco, embora sustente que são *"inúmeras as decisões conflitantes sobre o tema no Judiciário"* (fls. 7), o Autor buscou comprovar a existência da controvérsia judicial sobre a higidez constitucional do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 com a indicação de quatro (04) julgados

ADC 16 / DF

prolatados por apenas dois Tribunais Regionais do Trabalho (três do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região/CE: Recurso Ordinário n. 01056/2003-007-07-00-9; Recurso Ordinário n. 00309/2002-003-07-00-0; e Acórdão n. 934/01; e um do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/SC: Recurso Ordinário Voluntário n. 02282-2005-049-12-00-3), juntando aos autos, conforme asseverou o Ministro Cezar Peluso em seu voto, o inteiro teor de somente três (03) desses acórdãos.

Todos eles, segundo assertiva do próprio Autor, seriam “no sentido de que o artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93 apenas responsabiliza a empresa contratada pela Administração pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, de maneira que o Poder Público estaria isento de qualquer responsabilidade” (fls. 7).

Seriam, portanto, julgamentos que reforçariam a constitucionalidade da norma objeto desta ação, não servindo, pois, para demonstrar a resistência concreta à sua aplicação, motivo pelo qual tais precedentes não serviriam, por si só, para demonstrar o interesse de agir na espécie.

10. O Autor argumenta que aqueles julgados se contrapõem à orientação assentada pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula n. 331, a qual dispõe em seu item IV, *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 (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993)”.

Dessa maneira, os precedentes dos Tribunais Regionais especializados, que recusaram a orientação firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho (“*instância suprema da Justiça do Trabalho*”, nos

ADC 16 / DF

termos do art. 690 da Consolidação das Leis do Trabalho), serviriam para comprovar a existência de dissídio judicial apto a autorizar a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

A validade dessa assertiva, contudo, dependeria da constatação de que o verbete mencionado estaria fundado na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 e de que aqueles precedentes recusaram essa interpretação constitucional.

11. A despeito da importância do precedente do qual originada a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. TST-IUJ-RR-297.751/96), o Autor deixou de instruir sua petição inicial com o inteiro teor daquele acórdão, o único que indica como declaratório de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, não tendo sequer transcrito a ementa ou trechos daquele julgamento.

Haveria, portanto, deficiência na instrução da petição inicial, como realçado pelo Ministro Cezar Peluso, Relator, o que impediria o conhecimento dos fundamentos e dos parâmetros constitucionais utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho para afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.

12. Entretanto, as informações prestadas pelo Presidente do Tribunal especializado, em resposta à requisição do Ministro Relator, suprimiram essa falha, não cabendo, nesta fase processual, assentar o desconhecimento dos fundamentos utilizados quando da elaboração daquele enunciado de súmula.

O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho apresentou, nas informações prestadas, a transcrição do inteiro teor do acórdão do qual resultou a redação atual da Súmula n. 331 (Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. TST-IUJ-RR-297.751/96), por meio da qual assentada a

ADC 16 / DF

responsabilidade subsidiária da pessoa estatal, da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do contratado empregador.

13. Para o reconhecimento dessa responsabilidade e, conseqüentemente, o afastamento do que disposto no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, o Tribunal Superior do Trabalho partiu da premissa de que esse dispositivo está assentado em que deve a atuação do ente administrativo *“adequar-se aos limites e padrões da normatividade disciplinadora da relação contratual”*.

Assim, *“[e]videnciado (...) que o descumprimento das obrigações, por parte do contratado, decorreu igualmente de (...) comportamento omissivo ou irregular [da Administração Pública] em não fiscalizá-lo, em típica culpa in vigilando, inaceitável que não possa pelo menos responder subsidiariamente pelas conseqüências do contrato administrativo que atinge a esfera jurídica de terceiro, no caso, o empregado.”* (Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. TST-IUJ-RR-297.751/96 - fls. 375)

Pela orientação assentada pelo Tribunal Superior do Trabalho, o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 somente teria aplicação nos casos em que a Administração Pública comprovasse a sua atuação regular na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas pelo contratado. Do contrário, ter-se-ia o afastamento daquela norma e a responsabilização subsidiária da entidade da Administração Pública pelo dano causado ao empregado da empresa por ela contratada.

Daí a ressalva na parte final do item IV da Súmula n. 331 do TST, no sentido da imprescindibilidade da participação da administração-contratante na relação processual formada para a cobrança dos direitos trabalhistas negados, ocasião na qual poderá demonstrar o cumprimento do seu dever de fiscalizar a adimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, mantendo, assim, a incidência do que disposto no §

ADC 16 / DF

1º do art. 71 da Lei de Licitações.

14. Conforme asseverou o Ministro Cezar Peluso em seu voto, seria, portanto, a constatação de determinado comportamento da entidade da Administração Pública que definiria a sua responsabilização.

Como é sabido, à Administração Pública só é possível fazer aquilo que a lei permite, uma vez que vinculada pelo princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição da República).

Tenho, portanto, que, para o desate da questão do cabimento desta ação declaratória de constitucionalidade, o que importa é saber qual a natureza da controvérsia judicial sobre o alegado dever da Administração Pública em fiscalizar a adimplemento dos encargos trabalhistas em contrato de prestação de serviços.

15. Continuo, então, a leitura do Incidente de Uniformização de Jurisprudência originário da Súmula n. 331 do TST:

“Realmente, admitir-se o contrário [a irresponsabilidade subsidiária da Administração Pública em face de seu comportamento omissivo ou irregular na fiscalização do contrato], partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame [§ 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93], em detrimento de uma exegese sistemática, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica.

Aliás, não é outra a dicção do art. 173 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, que ao dispor ‘que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da

ADC 16 / DF

sociedade de economia mista e de seus subsidiários que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços', enfatiza em seu inciso III que referidas pessoas deverão observar, em relação à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, os princípios da administração pública.

Some-se aos fundamentos expostos que o art. 195, § 3º, também da Constituição Federal, é expresso ao preconizar que 'a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber incentivos ou benefícios fiscais', o mesmo ocorrendo com o art. 29, IV, da Lei n. 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.883/94, ao dispor que 'prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei', providências essas todas evidenciadoras do dever que tem a Administração Pública de se acautelar com aqueles que com ela pretendam contratar, exigindo que tenham comportamento pautado dentro da idoneidade econômico-financeira para suportar os riscos da atividade objeto do contrato administrativo.

Registre-se, finalmente, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro.

Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo" (fls. 375-376).

16. Não pretendo antecipar o debate sobre os fundamentos constitucionais utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho na elaboração do item IV da Súmula n. 331, matéria a ser analisada, se for o caso, quando do julgamento de mérito desta ação declaratória de constitucionalidade.

Mas essa leitura evidencia a natureza constitucional da matéria, o

ADC 16 / DF

que é, aliás, confirmado nas várias Reclamações ajuizadas neste Supremo Tribunal com fundamento no art. 103-A, § 3º, da Constituição da República (v.g.: RCL 6.969, Rel. Min. Cezar Peluso; RCL 7.847, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RCL 8.020, Rel. Min. Carlos Britto; RCL 7.687, Rel. Min. Ellen Gracie; RCL 7.427, Rel. Min. Menezes Direito; RCL 7.127, Rel. Min. Eros Grau; RCL 9.792, Rel. Min. Celso de Mello; RCL 9.459, Rel. Min. Ayres Britto; RCL 9.679, Rel. Min. Cezar Peluso; RCL 8.965, Rel. Min. Eros Grau; RCL 7.344, Rel. Min. Eros Grau; RCL 9.169, Rel. Min. Celso de Mello; RCL 9.017, Rel. Min. Cezar Peluso; RCL 8.601, Rel. Min. Ayres Britto; RCL 7.223, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RCL 7.847, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RCL 6.969, Rel. Min. Cezar Peluso; RCL 7.665, Rel. Min. Celso de Mello; RCL 8.847, Rel. Min. Celso de Mello; RCL 8.134, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RCL 6.970, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RCL 8.134, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RCL 7.847, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RCL 8.020, Rel. Min. Ayres Britto; RCL 7.345, Rel. Min. Ayres Britto; RCL 7.289, Rel. Min. Ayres Britto; RCL 7.882, Rel. Min. Ayres Britto; RCL 7.812, Rel. Min. Ayres Britto, dentre outras), sob o argumento de que a aplicação do item IV da Súmula n. 331 por órgão fracionário de Tribunal resultaria em desrespeito à Súmula Vinculante n. 10, aprovada na sessão plenária de 18.6.2008 e com o seguinte teor (DJ 12.9.2008):

“Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, artigo 97), a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte.”

17. Transcrevo, a fim de comprovar essa assertiva, a seguinte passagem do acórdão objeto de Reclamação a mim distribuída (RCL n. 8.597), proferido pela Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao negar seguimento a Recurso de Revista com fundamento na Súmula n. 331 (Agravo de Instrumento n. 14366/2005-004-11-40.9), *verbis*:

“O Plenário desta Corte Superior, no exame da temática, na oportunidade do julgamento do IUJ-RR-297751/1996.2, proferiu

ADC 16 / DF

decisão que interpreta, de forma sistemática, o sentido e o alcance do citado dispositivo da Lei das Licitações, dando-lhe interpretação que ensejou a nova redação da mencionada súmula através da Resolução supra mencionada [n. 96/2000], em observância ao art. 97 da Constituição da República.

Cumpre registrar que a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho encontra seu fundamento na própria Constituição Federal, que resguarda a dignidade da pessoa do trabalhador e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV)."

18. Portanto, a despeito da instrução deficiente da petição inicial, tenho que o processamento de inúmeras Reclamações neste Supremo Tribunal, fundadas na premissa de que o julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência originário da redação atual da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho importou em declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, evidencia a configuração de controvérsia que põe em risco a presunção de constitucionalidade dessa norma.

Daí concluir pela legitimidade da atuação deste Supremo Tribunal no controle de constitucionalidade com o julgamento desta ação declaratória de constitucionalidade, para que se pronuncie sobre a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.

19. Pedindo vênias ao Relator, o Ministro Cezar Peluso, acompanho a dissidência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, **votando pelo conhecimento desta Ação Declaratória de Constitucionalidade.**

É como voto, quanto ao conhecimento da presente ação.

Do mérito

20. Reconhecido por este Plenário o cabimento da presente ação, passo à análise do mérito.

ADC 16 / DF

21. Para que seja declarada, ou não, a constitucionalidade de determinado dispositivo, afastando-se a incerteza jurídica sobre sua validade, cumpre verificar, inicialmente, quais os limites da questão constitucional posta a exame.

Na espécie, o dispositivo em questão - art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93-regulamenta expressamente o art. 37, inc. XXI da Constituição da República, que dispõe:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

22. Autorizada a contratação pela entidade da Administração Pública de obras e serviços, por meio de licitação, tem-se que a inadimplência dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere à pessoa estatal contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, quanto este não o tiver feito.

Não se poderia também onerar o objeto do acordo ou criar qualquer situação que venha restringir a regularização e o uso das obras ou edificações, inclusive perante o registro de imóveis, sem base legal para tanto.

ADC 16 / DF

23. Ao incumbir exclusivamente à empresa contratada o pagamento das obrigações trabalhistas dos empregados a ela vinculados, o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 fixa os limites da responsabilidade contratual do ente estatal na relação contratual firmada, o que não contraria a Constituição da República.

Da compatibilidade entre art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 e o art. 37, § 6º da
Constituição da República

24. É certo que a atuação do Poder Público deve pautar-se pelo princípio da responsabilidade do Estado, sobre o qual escrevi que:

“Não se há cogitar de Estado Democrático de Direito sem que compareça no sistema jurídico - em sua formalização e em sua aplicação - o princípio da responsabilidade estatal. Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado, vez que pela sua aplicação se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade em sua convivência com o Estado e, principalmente, a medida de efetividade do princípio da juri-dicidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito.

A importância do princípio da responsabilidade acentuou-se com o avantajamento da atuação do Estado, que quanto mais se espraiam em sua presença na sociedade, tanto mais se arrisca a adentrar espaços dos particulares, invulneráveis juridicamente, causando-lhes danos patrimonialmente mensuráveis” (Princípios Constitucional da Administração Pública).

25. Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação do serviço público tenha como autor agente público.

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade.

ADC 16 / DF

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o 'dano' considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello considera 'sujeitos que comprometem o Estado' *"os que tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio"* (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 891).

Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado.

Entendimento diverso poderia levar à preocupação já externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em artigo intitulado *"Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União 'seguradora universal'?"*, ao afirmar que *"por mais que se faça um pretense juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo "à brasileira", no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados"*.

Ao argumento de obediência ao princípio de responsabilidade de Estado – de natureza extracontratual – não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida.

ADC 16 / DF

26. Por outro lado, não se pode acolher o argumento, muitas vezes repetido nas peças apresentadas pelos *amici curiae* desta ação, de que “a Administração Pública não tem meio de evitar o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas”.

Desde o processo licitatório, a entidade pública contratante deve exigir o cumprimento das condições de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal) e fiscalizá-las na execução do contrato.

Nesse sentido, este Supremo Tribunal consolidou entendimento sobre as distintas competências da autoridade administrativa e do Tribunal de Contas quanto à fiscalização de contratos administrativos, no seguinte sentido:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. TRIBUNAL DE CONTAS. NORMA LOCAL QUE OBRIGA O TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A EXAMINAR PREVIAMENTE A VALIDADE DE CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. REGRA DA SIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO SEMELHANTE IMPOSTA AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 1. Nos termos do art. 75 da Constituição, as normas relativas à organização e fiscalização do Tribunal de Contas da União se aplicam aos demais tribunais de contas. 2. O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da Função Executiva. 3. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Medida liminar confirmada” (ADI 916/MT, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 2.2.2009).

É certo que o dever de fiscalização cuidado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal diz respeito, prioritariamente, ao objeto do

ADC 16 / DF

contrato administrativo celebrado. Todavia, é inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, a Administração Pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados, do que dá notícia legal a norma agora posta em questão.

Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa.

Não há, portanto, de ser acolhido o argumento do Procurador-Geral da República no sentido de que *“a Requerente visa a impedir que se examine, em casos concretos, possível responsabilidade da Administração, no que tange a passivos trabalhistas gerados, ainda que indiretamente, em decorrência de contratos de prestação de serviços por ela celebrado”*.

A aplicação do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa.

Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas.

Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com conseqüência do inadimplemento

ADC 16 / DF

de obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

Também é nesse sentido o argumento trazido pela Procuradoria do Município de São Paulo, de que *“a empresa, tendo sido devidamente remunerada pela Administração Pública, não pode alegar não ter patrimônio para saldar suas dívidas em razão de prejuízos derivados do risco de sua atividade econômica (...). Se a empresa alegar não ter bens suficientes para satisfazer a execução, haverá fundamentos suficientes para que seja realizada a desconsideração da personalidade jurídica”*.

Logo, não se tem qualquer vício a contaminar e infirmar a validade constitucional do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 por contrariedade ao art. 37, § 6, da Constituição da República.

Pelo exposto, voto no sentido da declaração de constitucionalidade do § 1º, do art. 71 da Lei 8.666/93, ficando, por óbvio, prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão de indeferimento da cautelar requerida.

24/11/2010

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vou recordar a matéria e explicar mais uma vez por que meu voto julgava o autor carecedor da ação.

A informação prestada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, invocando inclusive as decisões, é que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade da Administração com base nos fatos, isto é, com base no descumprimento do contrato, e não com base em inconstitucionalidade da lei. Ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida da constitucionalidade da norma, só que reconhece responsabilidade da Administração por questões factuais ligadas a cada contrato em particular. Noutras palavras, eu entendi que, como o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida sobre a constitucionalidade, seria de todo em todo dispensável que o Tribunal a reconhecesse quando não há controvérsia a respeito.

Mas, enfim, se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, acho que aqui há um dado: a norma, como acabei de reler, é taxativa. No contrato administrativo, não se transferem ônus à Administração Pública que são entregues ao contratado. Se a Justiça do Trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei. Não há alternativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Esse é o ponto crucial:

ADC 16 / DF

o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 é categórico no que afasta a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão de obra mediante empresa prestadora de serviço.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, sedimentou-se, sem se instaurar um incidente de inconstitucionalidade desse artigo, uma jurisprudência a partir do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, quanto à solidariedade, e a partir do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, quanto à responsabilidade do Poder Público no sentido de que haveria a responsabilidade do setor público. E o que houve lá não foi um incidente de inconstitucionalidade, mas de uniformização da jurisprudência, editando-se, portanto, a partir desse incidente, o Verbete nº 331.

É uma matéria que está em aberto, e, a meu ver, quando se declarou a responsabilidade, sem se assentar a inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, afastou-se esse preceito sem se cogitar da pecha de inconstitucionalidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Contornando-se, não é, Ministro?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tenho a visão aberta para os processos objetivos e a conveniência de o Supremo se pronunciar quanto ao alcance, considerada a Constituição Federal, de certo preceito normativo. A rigor, o Poder Público fica praticamente, se não for assim, manietado para chegar a este Tribunal, porque há inúmeras reclamações apontando que, em última análise, os Tribunais do Trabalho – refiro-me, quanto ao acesso ao Supremo, ao Tribunal Superior do Trabalho – acabam driblando, no bom sentido, o artigo 71 da Lei nº 8.666/93, deixando de observá-lo, sem que declarem o conflito desse dispositivo com a Carta da República. Quanto ao extraordinário se diz, na vala comum, que o tema é fático e tem regência estritamente legal. Daí a conveniência de adentrar-se o tema e pacificar-se a matéria, porque são inúmeras as reclamações que estão chegando ao Supremo, presente o Verbete nº 10 da Súmula Vinculante.

ADC 16 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Em relação a isso não tenho dúvida nenhuma, eu reconheço a plena constitucionalidade da norma e, se o Tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a Justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da Administração.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O preceito é categórico quanto ao afastamento da responsabilidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas hoje, Presidente, é com base no Enunciado nº 331.

Só para ler o que se contém naquele incidente de uniformização e jurisprudência...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ele faz a referência, no final, entre parênteses?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, afirma, textualmente, o seguinte:

"Admitir-se o contrário" - a irresponsabilidade subsidiária da Administração, em face de seu comportamento omissivo ou irregular na fiscalização do contrato, partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame - o § 1º do artigo 71 da 8.666 -, em detrimento de uma exegese sistemática - "seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica."

Aí, faz referência aos artigos 173 e 195, § 3º, da Constituição, para se afirmar responsabilidade, afirmando-se ali:

"Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco

ADC 16 / DF

administrativo, estabelecendo, portanto, obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro."

Com um detalhe: essa frase é rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrária à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual, então, na verdade, contrariaram a Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? O problema maior é que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 é categórico.

"Art. 71

(...)

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas" - é o caso -, "fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis."

Então, o que ocorreu em última análise? Fechou-se a Lei nº 8.666/93 e decidiu-se a partir, reconheço, do disposto nos artigos 37, § 6º, da Constituição Federal e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, mas sem afastar-se do cenário jurídico o preceito. O que é isso senão algo glosado pelo Verbete Vinculante nº 10?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência me permite? O que, segundo me parece, o Tribunal fez, e fez com acerto? Ele reconheceu que a mera inadimplência - é isso que o artigo 71, § 1º, diz - do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, etc, não transfere essa responsabilidade para a Administração. A inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça do Trabalho têm reconhecido? Que a ação culposa da Administração, em relação à fiscalização à atuação...

ADC 16 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a Justiça do Trabalho tem batido carimbo com o Enunciado 331 da Súmula da jurisprudência predominante.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Pode até ser. Vossa Excelência conhece bem a Justiça do Trabalho. Deixe-me só dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho.

Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, onde prevista essa atuação censora?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. É isso que estou dizendo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas a Constituição não pode dar com a mão direita e tirar com a esquerda.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O preceito não distingue.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Nós não temos discordância quanto à substância da ação. Eu reconheço a constitucionalidade da norma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, por que não abrir esse embrulho e o Supremo vir a pacificar o tema?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que

ADC 16 / DF

a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos. Por isso declarei que seria carecedor da ação, porque, a mim me parece, reconhecer a constitucionalidade, que nunca foi posta em dúvida, não vai impedir a postura da Justiça trabalhista que é agora impugnada, mas é impugnada sob outro ponto de vista. Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas se verá diante de uma decisão do Supremo declarando a harmonia do dispositivo com a Constituição Federal. Creio que haverá, pelo menos, uma inibição, afastando-se, até, o Verbete nº 331 da Súmula.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas, Ministro, quanto a isso eu não tenho dúvida. Eu julgo a ação procedente. Conheço do mérito e julgo a ação procedente, sem problema nenhum.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu só queria ponderar que a controvérsia existente está patente. Na sessão passada, nós vimos as contradições, inclusive, em que o Tribunal tem se envolvido, às vezes falando que a matéria é infraconstitucional, outras vezes julgando procedentes reclamações por conta da não observância da reserva do Plenário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Do Verbete nº 10.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De modo que me parece que só isso já justificaria a admissibilidade da ADC, e aí, certamente, passaríamos ao exame.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Estou de acordo. Eu supero a preliminar e, no mérito, julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida nenhuma sobre a constitucionalidade.

ADC 16 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu acompanho Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Se o Tribunal estiver de acordo, eu proclamo o resultado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Na verdade, eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não, e cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. São empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e essas firmas, depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre, no caso? Está claramente configurada a *culpa in vigilando* e *in eligendo* da Administração. Aí, segundo o TST, incide, ou se afasta, digamos assim, esse artigo 71, § 1º, da Lei 8.666. Portanto, eu sempre decidi na mesma linha do Ministro Cezar Peluso, no sentido de não conhecer, de considerar a matéria inconstitucional, mas se o Plenário entender que, dada a importância, o impacto da questão com relação à Administração, então talvez convenha que nós ultrapássemos essa questão do conhecimento e adentremos no âmago do tema.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu acompanho também o Ministro Cezar Peluso quanto ao não conhecimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque esse tipo de conduta quebra a estrutura inteira da Administração Pública, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá outras que não as obrigações contratuais e, depois, determinam que ela assuma duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada e ainda o empregado que o contratado particular não pagou. A licitação então não valeu de nada, e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. E, se está errada nesse nível, acho que há outras consequências, inclusive mandar

ADC 16 / DF

apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou, desse que licitou mal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa **culpa in vigilando**, fundamental. Nós tivemos esses casos aqui mesmo na administração do Tribunal e tivemos de fiscalizar, porque pode ocorrer que a empresa terceirizada receba, como sói acontecer, em geral, o Poder Público é adimplente, pelo menos no plano federal essa questão não se coloca, mas não cumpre esses deveres elementares. Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm de fiscalizar, inicialmente são os órgãos contratantes e, depois, os órgãos fiscalizadores. De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas já há. A legislação brasileira exige. Só se pode pagar **a posteriori**, por exemplo, nesses casos dos contratos, e se está quitada com a Previdência, porque inclusive a empresa não pode mais contratar. É que talvez ela não esteja sendo cumprida, o que não significa ausência de lei.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Claro, não discordo disso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade,

ADC 16 / DF

apresenta quitação em relação à Previdência, aos débitos anteriores.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Dela. Isso é que gera responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho. Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que estava acontecendo, Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma irrestrita, a responsabilidade do ente estatal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Agora há de ser no sentido de que ela vai ter de examinar os fatos. Estou de acordo. Vai ter de examinar os fatos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, sabemos o que ocorre quando se edita verbete sobre certa matéria. A tendência é partir-se para a generalização.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - É muito pouco provável que a Justiça do Trabalho tenha examinado a responsabilidade desses administradores para definir se houve, ou não, *culpa in eligendo*, se houve, ou não, falta de fiscalização. É bem pouco provável.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Se todos estiverem de acordo, eu também supero a preliminar e julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida sobre a constitucionalidade.

24/11/2010

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO
FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu acompanharia Vossa Excelência na preliminar, pelo não conhecimento, mas Vossa Excelência está superando.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Sim, estou superando. Vamos ressaltar o nosso ponto de vista quanto à preliminar e, no mérito, julgamos a ação procedente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ressalvo o ponto de vista, mas eu vou julgar procedente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Procedente?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Procedente, eu acho que a inconstitucionalidade...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, é ADC.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É ADC.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Para declarar constitucional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Julgo improcedente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência julga improcedente?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Considera inconstitucional a norma?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Improcedente a arguição. Considero a norma constitucional pelo seguinte: a Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional

ADC 16 / DF

interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é uma mão de obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador do serviço que é a Administração. E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição.

Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Mas a administração é vítima das empresas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, mas aqui não é contratação de pessoal, aqui é contrato administrativo de obras.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É de empresas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Aqui? Se for de obras, sim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De obras; é a Lei n. 8.666.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não, mas aqui o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas e previdenciários.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque, para fazer uma obra, desde o engenheiro até o peão da obra, é contratado pela empresa para fazer uma hidrelétrica.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É por isso que foi para a Justiça do Trabalho; é contrato de mão de obra, trabalhista.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E porque a empresa que está fazendo a hidrelétrica com os seus empregados. Esses são empregados dela; ela apresentou o quadro, inclusive, na licitação. Ajuizam ações contra ela. Se ela assumiu - não vou dizer hidrelétrica, vou dizer numa coisa pequena, reforma de uma escola -, isso é contrato

ADC 16 / DF

administrativo de obra. Isso aqui não é contratação de pessoal.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não, o artigo 71 é claro:

"Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas,(...)".

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O contratado é o empresário que contratou os empregados.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Daí a Súmula, o enunciado do TST. Estamos diante de uma relação trabalhista, tipicamente trabalhista.

Sendo assim, eu dou pela inconstitucionalidade do artigo 71 e, portanto, pela improcedência da ADC, com todas as vênias.

24/11/2010

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, no caso, examinei os precedentes do Tribunal Superior do Trabalho que se fizeram, ao mundo jurídico, calcados em dois dispositivos.

O primeiro deles, como mencionado pela Ministra Cármen Lúcia, é o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, que não versa, diga-se, essa responsabilidade solidária.

O que prevê esse parágrafo?

"Art. 37....."

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão" - e aí vem a cláusula que define o alcance do preceito - "pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Não encerra sob a minha óptica, a obrigação solidária do Poder Público quando arregimenta mão de obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da contratada.

Também houve referência à Consolidação das Leis do Trabalho. Teríamos talvez, na óptica de alguns, conflito de normas no espaço.

O que preceitua o § 2º do artigo 2º? A solidariedade. Mas qual é a premissa dessa solidariedade, em que pese cada qual das empresas – vamos tomar o vocábulo empresas em sentido lato – ter personalidade jurídica própria? A direção, controle ou administração de outra. O Poder Público não tem a direção, a administração e também o controle da empresa prestadora de serviços.

Então, creio que sobra, unicamente, o parágrafo único do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, no que exclui – e, a meu ver, ao excluir, não há conflito dessa norma com a Carta da República – a responsabilidade pela inadimplência do contratado, isso quanto ao Poder Público que licita,

ADC 16 / DF

formaliza o contrato, e o contratado vem a deixar de cumprir com as obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais

A entender-se que o Poder Público responde pelos encargos trabalhistas, numa responsabilidade supletiva – seria supletiva, não seria sequer solidária –, ter-se-á que assentar a mesma coisa quanto às obrigações fiscais e comerciais da empresa que terceiriza os serviços.

Por isso, a meu ver, deu-se alcance ao § 6º do artigo 37 da Constituição Federal que ele não tem, decididamente não tem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E até porque são coisas distintas. A responsabilidade contratual da Administração Pública é uma coisa; a responsabilidade extracontratual ou patrimonial, que é esta que decorre do dano, é outra coisa. O Estado responde por atos lícitos, que são aqueles do contrato, ou por ilícitos, que são os danos praticados. Então, são duas realidades. O § 6º do art. 37 da Constituição só trata da responsabilidade administrativa extracontratual por atos ilícitos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas essa é uma matéria que não é objeto da causa. Aqui é só saber se o artigo 71 é constitucional ou não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu estou apenas, Presidente, pegando carona no que disse o Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Considerado o Verbete nº 331, partiu-se para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versa essa responsabilidade, porque não há o ato do agente público causando prejuízo a terceiros que são os prestadores dos serviços.

24/11/2010**PLENÁRIO****AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL****DEBATE**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - No fundo, eles acabaram por revogar a própria norma. Veja que a redação da Súmula 331 do TST é expressa:

"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" - e cita o artigo 71 da Lei nº 8.666 - "(art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)."

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Não, não. Por isso, não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sem declarar a inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Por isso é que eu disse que faziam referência no enunciado.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Esse é o enunciado, não é Ministro Gilmar?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É o Enunciado 331.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Da Justiça do Trabalho, do TST.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Só para esclarecer à Ministra. Vossa Excelência tem certa razão, porque o artigo 1º da Lei não restringe a contrato de obras, não, também é contrato de serviço, inclusive de publicidade, etc.

ADC 16 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Até contrato de obra, eu excluiria.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque eu disse que era contrato administrativo, Ministro. Então, pode ser obra, serviço ou prestação de serviço.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Há inclusive, na Lei nº 8.666/93, um tipo penal que não versa a prestação de serviço, e a prestação do serviço está por ele abrangida.

24/11/2010

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
REQTE.(S) : **GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**
ADV.(A/S) : **PGDF - ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN E**
OUTRO(A/S)

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu só dou a inconstitucionalidade no que tange à terceirização de mão de obra com exclusividade; mas, se for contrato de empreitada, não.

Então, seria uma improcedência parcial.

24/11/2010**PLENÁRIO****AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL****RETIFICAÇÃO DE VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu supero a questão do não conhecimento. Ressalvo o meu ponto de vista quanto ao não conhecimento; e, no mérito, como não tenho dúvida nenhuma sobre a constitucionalidade, eu julgo a ação procedente.

24/11/2010

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Desejo registrar, preliminarmente, Senhor Presidente, **que conheço** da presente ação declaratória de constitucionalidade, **por entender configurada**, na espécie, **a existência** de controvérsia judicial relevante sobre a legitimidade constitucional da regra **inscrita** no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Como se sabe, o exame de **qualquer** ação declaratória de constitucionalidade impõe a análise prévia de um dos requisitos imprescindíveis à válida utilização desse instrumento de controle normativo abstrato **instituído** pela Emenda Constitucional nº 3/93.

Refiro-me à necessidade de comprovação liminar, pelo autor, da existência de dúvida objetiva sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal, resultante da constatação de que há controvérsia judicial, "em proporções **relevantes**" (RTJ 157/371, 388), sobre a validade jurídica da norma em apreciação.



ADC 16 / DF

Sem a observância desse requisito - que se qualifica como elemento condicionante do exercício da ação declaratória de constitucionalidade -, tornar-se-á inviável a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato (ADC 1-90/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES), pois a inexistência de dissídio judicial, motivado por razões jurídicas idôneas e consistentes, culminaria por converter a ação declaratória em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.

Desse modo, e para efeito de configuração do interesse objetivo de agir do autor da ação declaratória (CF, art. 103, § 4º), torna-se indispensável - consoante exige a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - que "pré-exista controvérsia" apta a afetar a presunção "juris tantum" de constitucionalidade ínsita a qualquer ato emanado do Poder Público (RTJ 157/371, 385).

A imprescindibilidade da demonstração liminar de que ocorre situação de efetivo dissídio judicial em torno da constitucionalidade de determinada lei editada pela União Federal vincula-se à natureza mesma da atividade desempenhada pela Suprema Corte. É que esta - respeitados os limites impostos pelo princípio

ADC 16 / DF

da separação de poderes - **jama**s poderá converter-se **em instância de consulta**, sob pena de o pronunciamento do Tribunal revelar-se **estranho** e **incompatível** com a própria essência que qualifica a função jurisdicional.

Dai a correta observação feita pelo eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, **em douto voto** proferido por ocasião do julgamento **da questão de ordem** suscitada na ADC 1/DF (**RTJ** 157/371, **408-409**):

"De outra parte, se a Constituição define o novo instrumento de controle de constitucionalidade, em abstrato, como 'ação', e, no § 2º do art. 102, na redação introduzida pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 3/1993, estipula que as '**decisões definitivas de mérito**', nela proferidas pelo STF, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, **nenhuma dúvida** poderá existir acerca da natureza, material e formalmente jurisdicional, do pronunciamento da Corte Maior. **Não se cuida**, assim, como antes anotei, **de mera consulta** dos Poderes Executivo e Legislativo ou da Procuradoria-Geral da República, acerca da validade de lei ou ato normativo federal. **Em face do princípio da separação de Poderes**, inserido qual postulado básico de nossa ordem constitucional no art. 2º, da Lei Magna da República, **não haveria** como conferir ao pronunciamento da Corte **sentido estranho** ao exercício da função judiciária, com seus atributos incidentais ou inerentes (...).

Não se reveste, dessa sorte, de qualquer procedência assertiva segunda a qual o Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar sobre a ação declaratória de constitucionalidade, estaria completando o processo legislativo da lei, para ratificar os juízos de sua constitucionalidade, que se hão de ter como implícitos, ao menos, na deliberação do Congresso Nacional, ao

ADC 16 / DF

- aprovar o projeto de lei ou ao recusar veto do Presidente da República, sob invocação de sua invalidade. **Nem se há, nessa linha, de entender que a decisão do STF tenha o sentido de mera resposta a consulta, incabível, no âmbito e na natureza da função jurisdicional que, na espécie, se pratica.**" (grifei)

Cabe destacar, neste ponto, que também o magistério doutrinário - ante a presunção relativa de constitucionalidade que milita em favor de qualquer lei ou ato estatal (RTJ 66/631) - considera indispensável, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, que o autor, desde logo, demonstre que se estabeleceu, em termos relevantes, ampla controvérsia judicial em torno da validade jurídica da norma federal posta em exame, sob pena de inviabilizar-se a própria instauração do controle normativo abstrato (ALEXANDRE DE MORAES, "Direito Constitucional", p. 580/581, item n. 13.4, 6ª ed., 1999, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, "Controle de Constitucionalidade - Conceitos, Sistemas e Efeitos", p. 228, item n. 9.8, 1999, RT; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 59/60, item n. 17, 15ª ed., 1998, Malheiros; ZENO VELOSO, "Controle Jurisdicional de Constitucionalidade", p. 322, item n. 295, 1999, Cejup; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "Tribunal e Jurisdição Constitucional", p. 140/141, item n. 4.3, 1998, Celso Bastos Editor, v.g.).

ADC 16 / DF

Para legitimar-se, portanto, o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, é preciso - mais do que a mera ocorrência de dissídio pretoriano - **que a situação de divergência jurisdicional**, caracterizada pela existência de um **volume expressivo** de decisões conflitantes, faça instaurar, ante o **elevado** coeficiente de pronunciamentos judiciais colidentes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de grave comprometimento da estabilidade do sistema de direito positivo vigente no País.

Tenha-se presente, desse modo, a advertência da doutrina e, também, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a ação declaratória de constitucionalidade "só terá lugar e se justificará **diante da ocorrência** de um estado de **incerteza de grandes proporções** quanto à legitimidade da norma" (CELSO RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 4, tomo III/152, 1997, Saraiva), pois, inexistindo controvérsia "**em proporções relevantes**" (RTJ 157/388, trecho do voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE), ou não se configurando um estado de dúvida em torno da validade constitucional da lei emanada da União Federal, tornar-se-á insuscetível de conhecimento a ação declaratória de constitucionalidade.

ADC 16 / DF

Todas essas observações, feitas em torno de um dos pressupostos de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade, justificam-se ante a circunstância de que o exame da matéria ora veiculada nesta sede processual demonstra existência, na espécie, de situação caracterizadora de grave incerteza em torno da validade constitucional do § 1º do art. 71 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

Os motivos expostos permitem-me reconhecer atendido o requisito de admissibilidade da presente ação declaratória de constitucionalidade, tal como definido, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 8-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO:

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO CONHECIDA.

- O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.

Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa 'in abstracto', pois a

ADC 16 / DF

inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

- O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, 'em proporções relevantes', de dissídio judicial, cujá existência - precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta - faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. (...)."

Sendo assim, Senhor Presidente, consideradas as razões expostas e tendo em vista, sobretudo, os precedentes que venho de referir, conheço da presente ação declaratória de constitucionalidade, superando, desse modo, a questão preliminar ora em exame.

Uma vez superada a questão prévia pertinente à cognoscibilidade da presente ação declaratória, julgo-a procedente, na linha do voto que Vossa Excelência, Senhor Presidente, como Relator da causa, proferiu sobre o mérito da controvérsia constitucional suscitada nesta sede de controle normativo abstrato.

É o meu voto.

24/11/2010

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu só gostaria de pontuar, embora isso possa até parecer **obiter dictum**, que, a rigor, ao afirmarmos a constitucionalidade do artigo 71, nós estamos a fazer, pelo menos, uma severa revisão da jurisprudência do TST.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quanto aos recursos extraordinários.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quanto aos recursos extraordinários.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Brecamos a subida dos processos, ante a faticidade da matéria e a regência legal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós temos de mudar, portanto, a nossa postura em relação à não admissibilidade dos recursos. Até pode ocorrer – Ministra Cármen já ressaltou –, num quadro, sei lá, de **culpa in vigilando**, patente, flagrante, que a Administração venha a ser responsabilizada porque não tomou as cautelas de estilo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Esse fato tem de estar estampado no acórdão impugnado mediante o extraordinário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas não é o caso da rotina dos acórdãos do TST que nós temos visto. De modo que temos de rever o entendimento que até então vinha sendo placitado no Tribunal em relação à Súmula 331.

ADC 16 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pelo menos nesse primeiro passo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como consequência direta da procedência da Ação Declaratória nº 16.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

REQTE.(S): GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

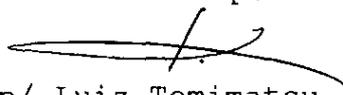
ADV.(A/S): PGDF - ROBERTA FRAGOSO MENEZES KAUFMANN E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que não conhecia da ação declaratória de constitucionalidade por não ver o requisito da controvérsia judicial, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que a reconhecia e dava seguimento à ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente, a Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.09.2008.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.11.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

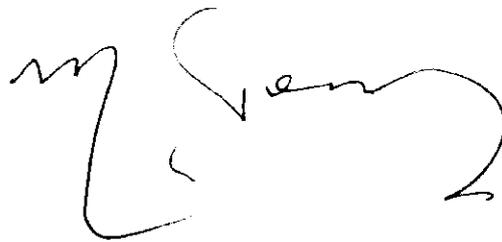
Anexo 5 – Projeto de Lei n ° 6.787/ 2016

Mensagem nº 688

Senhores Membros do Congresso Nacional,

Nos termos do art. 61 da Constituição, submeto à elevada deliberação de Vossas Excelências o texto do projeto de lei que “Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”.

Brasília, 22 de dezembro de 2016.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the signature of the President of the Republic, located at the bottom center of the page.

PROJETO DE LEI

Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O Anexo ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 47. O empregador que mantiver empregado não registrado nos termos do art. 41 ficará sujeito a multa no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) por empregado não registrado, acrescido de igual valor em cada reincidência.

§ 1º Especificamente quanto à infração a que se refere o **caput**, o valor final da multa aplicada será de R\$ 1.000,00 (mil reais) por empregado não registrado, quando se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A infração de que trata o **caput** constitui exceção à dupla visita.” (NR)

“Art. 47-A. Na hipótese de não serem informados os dados a que se refere o parágrafo único do art. 41, o empregador ficará sujeito à multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por empregado prejudicado.” (NR)

“Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

.....

§ 3º As horas suplementares à jornada de trabalho semanal normal serão pagas com o acréscimo de cinquenta por cento sobre o salário-hora normal.

§ 4º Na hipótese de o contrato de trabalho em regime de tempo parcial ser estabelecido em número inferior a vinte e seis horas semanais, as horas suplementares a este quantitativo serão consideradas horas-extras para fins do pagamento estipulado no § 3º, estando também limitadas a seis horas suplementares semanais.

D76BA913

D76BA913

§ 5º As horas suplementares da jornada de trabalho normal poderão ser compensadas diretamente até a semana imediatamente posterior à da sua execução, devendo ser feita a sua quitação na folha de pagamento do mês subsequente, caso não sejam compensadas.

§ 6º É facultado ao empregado contratado sob regime de tempo parcial converter um terço do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário.

§ 7º As férias do regime de trabalho a tempo parcial serão regidas pelo disposto no art. 130.” (NR)

“Art. 523-A. É assegurada a eleição de representante dos trabalhadores no local de trabalho, observados os seguintes critérios:

I - um representante dos empregados poderá ser escolhido quando a empresa possuir mais de duzentos empregados, conforme disposto no art. 11 da Constituição;

II - a eleição deverá ser convocada por edital, com antecedência mínima de quinze dias, o qual deverá ser afixado na empresa, com ampla publicidade, para inscrição de candidatura, independentemente de filiação sindical, garantido o voto secreto, sendo eleito o empregado mais votado daquela empresa, cuja posse ocorrerá após a conclusão da apuração do escrutínio, que será lavrada em ata e arquivada na empresa e no sindicato representativo da categoria; e

III - o mandato terá duração de dois anos, permitida uma reeleição, vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde o registro de sua candidatura até seis meses após o final do mandato.

§ 1º O representante dos trabalhadores no local de trabalho terá as seguintes prerrogativas e competências:

I - a garantia de participação na mesa de negociação do acordo coletivo de trabalho; e

II - o dever de atuar na conciliação de conflitos trabalhistas no âmbito da empresa, inclusive quanto ao pagamento de verbas trabalhistas, no curso do contrato de trabalho ou de verbas rescisórias.

§ 2º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão conter cláusulas para ampliar o número de representantes de empregados previsto no **caput** até o limite de cinco representantes de empregados por estabelecimento.” (NR)

“Art. 611-A. A convenção ou o acordo coletivo de trabalho tem força de lei quando dispuser sobre:

I - parcelamento de período de férias anuais em até três vezes, com pagamento proporcional às parcelas, de maneira que uma das frações necessariamente corresponda, no mínimo, duas semanas ininterruptas de trabalho;

II - pacto quanto à de cumprimento da jornada de trabalho, limitada a duzentas e vinte horas mensais;

D76BA913

D76BA913

III - participação nos lucros e resultados da empresa, de forma a incluir seu parcelamento no limite dos prazos do balanço patrimonial e/ou dos balancetes legalmente exigidos, não inferiores a duas parcelas;

IV - horas **in itinere**;

V - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos;

VI - ultratividade da norma ou do instrumento coletivo de trabalho da categoria;

VII - adesão ao Programa de Seguro-Emprego - PSE, de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

VIII - plano de cargos e salários;

IX - regulamento empresarial;

X - banco de horas, garantida a conversão da hora que exceder a jornada normal de trabalho com acréscimo de, no mínimo, cinquenta por cento;

XI - trabalho remoto;

XII - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado; e

XIII - registro de jornada de trabalho.

§ 1º No exame da Convenção ou Acordo Coletivo, a Justiça do Trabalho analisará preferencialmente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil., balizada sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

§ 2º É vedada a alteração por meio de convenção ou acordo coletivo de norma de segurança e de medicina do trabalho, as quais são disciplinadas nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho ou em legislação que disponha sobre direito de terceiro.

§ 3º Na hipótese de flexibilização de norma legal relativa a salário e jornada de trabalho, observado o disposto nos incisos VI, XIII e XIV do **caput** do art. 7º da Constituição, a convenção ou o acordo coletivo de trabalho firmado deverá explicitar a vantagem compensatória concedida em relação a cada cláusula redutora de direito legalmente assegurado.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de acordo ou convenção coletiva, a cláusula de vantagem compensatória deverá ser igualmente anulada com repetição do indébito.” (NR)

“Art. 634.

§ 1º

§ 2º Os valores das multas administrativas expressos em moeda corrente serão reajustados anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE ou pelo índice de preços que vier a substituí-lo.” (NR)

D76BA913*

D76BA913

“Art. 775. Os prazos estabelecidos neste Título são contados em dias úteis, com exclusão do dia do começo e com inclusão do dia do vencimento.

§ 1º Os prazos que se vencerem em sábado, domingo ou dia feriado terminarão no primeiro dia útil seguinte.

§ 2º Os prazos podem ser prorrogados nas seguintes hipóteses:

I - quando o juiz ou o tribunal entender como necessário; ou

II - por motivo de força maior, devidamente comprovada.” (NR)

alterações:
Art. 2º A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes

“Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a empresa de trabalho temporário ou diretamente a empresa tomadora de serviço ou cliente, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou ao acréscimo extraordinário de serviços.

§ 1º Configura-se como acréscimo extraordinário de serviços, entre outros, aquele motivado por alteração sazonal na demanda por produtos e serviços.

§ 2º A contratação de trabalhador temporário para substituir empregado em afastamento previdenciário se dará pelo prazo do afastamento do trabalhador permanente da empresa tomadora de serviço ou cliente, limitado à data em que venha a ocorrer a concessão da aposentadoria por invalidez de que trata o art. 475 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.” (NR)

“Art. 10. O contrato de trabalho temporário referente a um mesmo empregado poderá ter duração de até cento e vinte dias.

§ 1º O contrato de trabalho temporário poderá ser prorrogado uma vez, desde que a prorrogação seja efetuada no mesmo contrato e não exceda o período inicialmente estipulado.

§ 2º Encerrado o contrato de trabalho temporário, é vedada à empresa tomadora de serviços ou cliente a celebração de novo contrato de trabalho temporário com o mesmo trabalhador, seja de maneira direta, seja por meio de empresa de trabalho temporário, pelo período de cento e vinte dias ou pelo prazo estipulado no contrato, se inferior a cento e vinte dias.

§ 3º Na hipótese de o prazo do contrato temporário estipulado no caput ultrapassado, o período excedente do contrato passará a vigorar sem determinação de prazo.” (NR)

“Art. 11. O contrato de trabalho temporário deverá ser obrigatoriamente redigido por escrito e devidamente registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social, nos termos do art. 41 da CLT.

D76BA913

D76BA913

§ 1º Será nula de pleno direito qualquer cláusula de reserva que proíba a contratação do trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao fim do prazo em que tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário.

§ 2º A ausência de contrato escrito consiste em irregularidade administrativa, passível de multa de até vinte por cento do valor previsto para o contrato, cuja base de cálculo será exclusivamente o valor do salário básico contratado.” (NR)

“Art. 12. Ficam assegurados ao trabalhador temporário os mesmos direitos previstos na CLT relativos aos contratados por prazo determinado.

§ 1º É garantida ao trabalhador temporário a remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente, calculada à base horária.

§ 2º A empresa tomadora ou cliente fica obrigada a comunicar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um assalariado posto à sua disposição.” (NR)

“Art. 14. As empresas de trabalho temporário ficam obrigadas a fornecer às empresas tomadoras ou clientes, a seu pedido, comprovante da regularidade de sua situação com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, recolhimentos de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e Negativa de Débitos junto à Receita Federal do Brasil, sob pena de retenção dos valores devidos no contrato com a empresa de mão de obra temporária.” (NR)

“Art. 18-A. Aplicam-se também à contratação temporária prevista nesta Lei as disposições sobre trabalho em regime de tempo parcial previstas no art. 58-A, **caput** e § 1º, da CLT.” (NR)

“Art. 18-B. O disposto nesta Lei não se aplica aos empregados domésticos.” (NR)

“Art. 19. Compete à Justiça do Trabalho dirimir os litígios entre as empresas de serviço temporário e os seus trabalhadores e entre estes e os seus contratantes, quando da contratação direta do trabalho temporário pelo empregador.

Parágrafo único. A empresa tomadora dos serviços, quando o interessado realizar a contratação por meio de empresa interposta, responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias.” (NR)

Art. 3º Ficam revogados:

I - os seguintes dispositivos do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943

Consolidação das Leis do Trabalho:

- a) o § 4º do art. 59;
- b) o art. 130-A;
- c) o § 2º do art. 134; e
- d) o § 3º do art. 143;
- e) o parágrafo único do art. 634; e
- f) o parágrafo único do art. 775; e

D76BA913

D76BA913

II - o da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974:

- a) o parágrafo único do art. 11; e
- b) as alíneas “a” a “h” do **caput** do art. 12.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,

D76BA913

D76BA913

Brasília, 22 de Dezembro de 2016

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência a anexa proposta de Projeto de Lei que altera o Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - CLT, para aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário.

2. O Brasil vem desde a redemocratização em 1985 evoluindo no diálogo social entre trabalhadores e empregadores. A Constituição Federal de 1988 é um marco nesse processo, ao reconhecer no inciso XXVI do art. 7º as convenções e acordos coletivos de trabalho. O amadurecimento das relações entre capital e trabalho vem se dando com as sucessivas negociações coletivas que ocorrem no ambiente das empresas a cada data-base, ou fora dela. Categorias de trabalhadores como bancários, metalúrgicos e petroleiros, dentre outras, prescindem há muito tempo da atuação do Estado, para promover-lhes o entendimento com as empresas. Contudo, esses pactos laborais vem tendo a sua autonomia questionada judicialmente, trazendo insegurança jurídica às partes quanto ao que foi negociado. Decisões judiciais vem, reiteradamente, revendo pactos laborais firmado entre empregadores e trabalhadores, pois não se tem um marco legal claro dos limites da autonomia da norma coletiva de trabalho.

3. A discussão da hipossuficiência foi recentemente objeto de análise do Supremo Tribunal Federal, quando julgou a ação contra o plano de dispensa incentivada do BESC/Banco do Brasil, na discussão do RE 590415 / SC. O Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto sustenta que "*no âmbito do direito coletivo, não se verifica, portanto, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.*" Prossegue o Ministro em seu voto destacando que "*embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação in pejus os direitos que correspondam a um "patamar civilizatório mínimo", como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc. Enquanto tal patamar civilizatório mínimo deveria ser preservado pela legislação heterônoma, os direitos que o excedem sujeitar-se-iam à negociação coletiva, que, justamente por isso, constituiria um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia a diferenciadas conjunturas econômicas.*"

*
D76BA913
*

D76BA913

4. Essas discussões demonstram a importância da medida ora proposta, de valorização da negociação coletiva, que vem no sentido de garantir o alcance da negociação coletiva e dar segurança ao resultado do que foi pactuado entre trabalhadores e empregadores.
5. Outra medida ora proposta, que visa prestigiar o diálogo social e desenvolver as relações de trabalho no país, é a regulamentação do art. 11 da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional assegura a eleição de um representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados, com a missão de promover o entendimento direto com a direção da empresa. O representante dos trabalhadores no local de trabalho deverá atuar na conciliação de conflitos trabalhistas no âmbito da empresa, inclusive os referente ao pagamento de verbas trabalhistas periódicas e rescisórias, bem como participar na mesa de negociação do acordo coletivo de trabalho com a empresa.
6. A experiência européia demonstra a importância da representação laboral na empresa. Países como Alemanha, Espanha, Suécia, França, Portugal e Reino Unido possuem há vários anos as chamadas comissões de empresa ou de fábrica. A maturidade das relações de trabalho em alguns países europeus propicia um ambiente colaborativo entre trabalhador e empresa, resultando na melhoria do nível de produtividade da empresa.
7. No Brasil temos um nível elevado de judicialização das relações do trabalho, o que é retratado pela quantidade de ações trabalhistas que anualmente dão entrada na Justiça do Trabalho. Na grande maioria das ações trabalhistas a demanda reside no pagamento de verbas rescisórias. A falta de canais institucionais de diálogo nas empresas que promovam o entendimento faz com que o trabalhador só venha a reivindicar os seus direitos após o término do contrato de trabalho. Com isso, problemas que poderiam ser facilmente resolvidos no curso do contrato de trabalho vão se acumulando, para serem discutidos apenas ao término do vínculo empregatício, na Justiça do Trabalho.
8. A regulamentação do art. 11 da Constituição da República tornará possível o aprimoramento das relações de trabalho no país, ao instituir no ambiente da empresa um agente com credibilidade junto ao trabalhador, já que ele será escolhido dentre os empregados da empresa, independentemente de filiação sindical, com quem ele poderá contar para mediar a resolução de conflitos individuais havidos no curso da relação empregatícia. A atuação do representante dos trabalhadores trará ganhos para a empresa, na medida que ela poderá se antecipar e resolver o conflito, antes que o passivo trabalhista se avolume e venha a ser judicializado.
9. Outra medida proposta visa atualizar um dos mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, que é a multa administrativa prevista no art. 47 da CLT pelo não registro do empregado, cuja última atualização de valor ocorreu com a extinção da UFIR, em outubro de 2000.
10. Os trabalhadores sujeitos ao vínculo empregatício celetista são cerca de 18,5 milhões no país, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD/IBGE), anual, de 2014. As empresas que não registram seus empregados deixam de recolher, em média, 24,5% de contribuição previdenciária, sobre as remunerações integrais de seus trabalhadores, além de não recolherem 8,0 para o Fundo de Garantia. Então, em média, essas empresas deixam de recolher cerca de um terço do valor da remuneração do trabalhador.
11. O valor da multa administrativa para as empresas que não registram seus trabalhadores é de R\$ 402,00 por empregado não registrado. Caso a empresa decida por recolher a multa sem recorrer da primeira decisão administrativa, ela tem o benefício de redução em 50% no valor da multa. Fazendo uso desse direito, o valor efetivo da multa para a empresa resultará em R\$ 201,00 por empregado irregular.

D76BA913

D76BA913

12. Considerando que o salário médio no Brasil supera R\$ 2.000,00, verifica-se que por mês a empresa deixa de recolher cerca de R\$ 660,00 de encargos sobre a remuneração do empregado, estando sujeita a uma multa administrativa de no máximo R\$ 402,00.

13. Estudos estimam que só a perda anual de arrecadação da Previdência Social seja da ordem de R\$ 50,0 bilhões/ano.

14. Por fim, a presente proposta atualiza a Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, promovendo maior flexibilidade no processo de contratação de trabalhadores, ao permitir que a empresa tomadora de serviço possa contratar diretamente trabalhadores de acordo com as regras previstas na lei. Além disso, considerando que a lei é anterior às mudanças constitucionais de 1988, alguns direitos trabalhistas, embora atualmente exigidos, não constam no texto da lei. Como o contrato de trabalho temporário é um contrato a termo, a presente proposta estabelece que aos trabalhadores contratados sobre o regime da Lei n.º 6.019/1974 são garantidos os mesmos direitos dos trabalhadores contratados a prazo determinado regulados pela CLT.

15. A medida ora apresentada visa garantir maior efetividade à multa administrativa para o combate à informalidade da mão-de-obra no mercado de trabalho, corrigindo a defasagem existente no valor da multa administrativa para o trabalho sem registro.

16. Essas são, Senhor Presidente, as razões que justificam a elaboração do Projeto de Lei que ora submetemos à elevada apreciação de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

Assinado eletronicamente por: Ronaldo Nogueira de Oliveira

D76BA913

D76BA913

Anexo 6 – Projeto de Lei n ° 4.330/ 2004



REDAÇÃO FINAL
PROJETO DE LEI Nº 4.330-I DE 2004

Dispõe sobre os contratos de
terceirização e as relações de
trabalho deles decorrentes.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei regula os contratos de
terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes.

§ 1º O disposto nesta Lei aplica-se às empresas
privadas.

§ 2º As disposições desta Lei não se aplicam aos
contratos de terceirização no âmbito da administração pública
direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do
Distrito Federal e dos Municípios.

§ 3º Aplica-se subsidiariamente, no que couber, ao
contrato de terceirização entre a contratante e a contratada
o disposto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 -
Código Civil.

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - terceirização: a transferência feita pela
contratante da execução de parcela de qualquer de suas
atividades à contratada para que esta a realize na forma
prevista nesta Lei;

II - contratante: a pessoa jurídica que celebra
contrato de prestação de serviços determinados, específicos e
relacionados a parcela de qualquer de suas atividades com
empresa especializada na prestação dos serviços contratados,
nos locais determinados no contrato ou em seus aditivos; e



III - contratada: as associações, sociedades, fundações e empresas individuais que sejam especializadas e que prestem serviços determinados e específicos relacionados a parcela de qualquer atividade da contratante e que possuam qualificação técnica para a prestação do serviço contratado e capacidade econômica compatível com a sua execução.

§ 1º Podem figurar como contratante, nos termos do inciso II do *caput* deste artigo, o produtor rural pessoa física e o profissional liberal no exercício de sua profissão.

§ 2º Não podem figurar como contratada, nos termos do inciso III do *caput* deste artigo:

I - a pessoa jurídica cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado da contratante;

II - a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade;

III - a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 12 (doze) meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

§ 3º A contratada deverá ter objeto social único, compatível com o serviço contratado, sendo permitido mais de um objeto quando este se referir a atividades que recaiam na mesma área de especialização.

§ 4º Deve constar expressamente do contrato social da contratada a atividade exercida, em conformidade com o



art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 5º A qualificação técnica da contratada para a prestação do serviço contratado deverá ser demonstrada mediante:

I - a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto do contrato;

II - a indicação das instalações, dos equipamentos e do pessoal adequados e disponíveis para a realização do serviço;

III - a indicação da qualificação dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, quando for o caso.

§ 6º Tratando-se de atividade para a qual a lei exija qualificação específica, a contratada deverá comprovar possuir o registro de empresa e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, nos termos do disposto na Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980.

Art. 3º A contratada é responsável pelo planejamento e pela execução dos serviços, nos termos previstos no contrato com a contratante.

§ 1º A contratada contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus empregados.

§ 2º A terceirização ou subcontratação pela contratada de parcela específica da execução do objeto do contrato somente poderá ocorrer quando se tratar de serviços técnicos especializados e mediante previsão no contrato original.



§ 3º A excepcionalidade a que se refere o § 2º deste artigo deverá ser comunicada aos sindicatos dos trabalhadores das respectivas categorias profissionais.

Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 1º Configurados os elementos da relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada, a contratante ficará sujeita a todas as obrigações dela decorrentes, inclusive trabalhistas, tributárias e previdenciárias.

§ 2º A exceção prevista no *caput* deste artigo no que se refere à formação de vínculo empregatício não se aplica quando a contratante for empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como suas subsidiárias e controladas, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 3º É vedada a intermediação de mão de obra, salvo as exceções previstas em legislação específica.

Art. 5º Além das cláusulas inerentes a qualquer contrato, devem constar do contrato de terceirização:

I - a especificação do serviço a ser prestado e do objeto social da contratada;



II - o local e o prazo para realização do serviço, quando for o caso;

III - a exigência de prestação de garantia pela contratada em valor correspondente a 4% (quatro por cento) do valor do contrato, limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor equivalente a 1 (um) mês de faturamento do contrato em que ela será prestada;

IV - a obrigatoriedade de fiscalização pela contratante do cumprimento das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato, na forma do art. 15 desta Lei;

V - a possibilidade de interrupção do pagamento dos serviços contratados por parte da contratante se for constatado o inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada; e

VI - a possibilidade de retenção em conta específica das verbas necessárias ao adimplemento das obrigações referidas no art. 15 desta Lei.

§ 1º Para contratos nos quais o valor de mão de obra seja igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) do total, a garantia a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo será correspondente a 4% (quatro por cento) do valor do contrato, limitada a 130% (cento e trinta por cento) do valor equivalente a 1 (um) mês de faturamento do contrato em que ela será prestada.

§ 2º Para o atendimento da exigência de prestação de garantia a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo, cabe à contratada optar por uma das seguintes modalidades:

I - caução em dinheiro;



II - seguro garantia;

III - fiança bancária.

§ 3º É nula de pleno direito cláusula que proíba ou imponha condição à contratação pela contratante de empregado da contratada.

Art. 6º Na celebração do contrato de terceirização de que trata esta Lei, a contratada deve apresentar:

I - contrato social atualizado, com capital social integralizado, considerado pela empresa contratante compatível com a execução do serviço;

II - inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ; e

III - registro na Junta Comercial.

Art. 7º A contratante deverá informar ao sindicato da correspondente categoria profissional o setor ou setores envolvidos no contrato de prestação de serviços terceirizados, no prazo de 10 (dez) dias a contar da celebração do contrato.

Art. 8º Quando o contrato de prestação de serviços especializados a terceiros se der entre empresas que pertençam à mesma categoria econômica, os empregados da contratada envolvidos no contrato serão representados pelo mesmo sindicato que representa os empregados da contratante, na forma do art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 9º Os contratos relativos a serviços continuados podem prever que os valores provisionados para o pagamento de obrigações de natureza trabalhista e



previdenciária dos trabalhadores que tenham sua atividade integralmente voltada para a execução do serviço contratado sejam depositados pela contratante em conta vinculada aberta no nome da contratada e em face do contrato, que somente poderá ser movimentada por ordem da contratante.

Parágrafo único. Entendem-se por serviços continuados, para os fins deste artigo, aqueles cuja necessidade de contratação estenda-se por mais de um exercício financeiro e com continuidade.

Art. 10. Para fins de liberação da garantia de que trata o inciso III do *caput* do art. 5º desta Lei, a contratada deverá comprovar à contratante a quitação das obrigações previdenciárias e das trabalhistas relativas aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços contratados.

§ 1º A garantia terá validade por até 90 (noventa) dias após o encerramento do contrato, para fins de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias.

§ 2º Para contratos nos quais o valor de mão de obra seja igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) do total, a garantia terá validade de 90 (noventa) dias após o encerramento do contrato.

Art. 11. É vedada à contratante a utilização dos empregados da contratada em atividades diferentes daquelas que são objeto do contrato.

Art. 12. São asseguradas aos empregados da contratada quando e enquanto os serviços forem executados nas dependências da contratante ou em local por ela designado as mesmas condições:



I – relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir;

II – sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Parágrafo único. Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Art. 13. A contratante deve garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos empregados da contratada, enquanto esses estiverem a seu serviço em suas dependências ou em local por ela designado.

Parágrafo único. A contratante deve comunicar à contratada e ao sindicato representativo da categoria profissional do trabalhador todo acidente ocorrido em suas dependências ou em local por ela designado, quando a vítima for trabalhador que participe direta ou indiretamente da execução do serviço objeto do contrato.



Art. 14. Na hipótese de contratação sucessiva para a prestação dos mesmos serviços terceirizados, com admissão de empregados da antiga contratada, a nova contratada deve assegurar a manutenção do salário e dos demais direitos previstos no contrato anterior.

§ 1º Para os empregados de que trata este artigo, o período concessivo das férias deve coincidir com os últimos 6 (seis) meses do período aquisitivo, não se aplicando o disposto no *caput* do art. 134 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 2º Havendo a rescisão do contrato de trabalho antes de completado o período aquisitivo das férias, a compensação devida será feita no momento da quitação das verbas rescisórias, observado o disposto no § 5º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 3º É vedada a redução do percentual da multa prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, na rescisão contratual dos empregados de que trata este artigo.

Art. 15. A responsabilidade da contratante em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada é solidária em relação às obrigações previstas nos incisos I a VI do art. 16 desta Lei.

Parágrafo único. Na hipótese de subcontratação de parcela específica da execução dos serviços objeto do contrato, na forma do § 2º do art. 3º desta Lei, aplica-se o



disposto no *caput* deste artigo cumulativamente à contratante no contrato principal e àquela que subcontratou os serviços.

Art. 16. A contratante deve exigir mensalmente da contratada a comprovação do cumprimento das seguintes obrigações relacionadas aos empregados desta, que efetivamente participem da execução dos serviços terceirizados, durante o período e nos limites da execução dos serviços contratados:

I - pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

II - concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional;

III - concessão do vale-transporte, quando for devido;

IV - depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

V - pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato de terceirização;

VI - recolhimento de obrigações previdenciárias.

§ 1º Caso não seja comprovado o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias a que se refere o *caput* deste artigo, a contratante comunicará o fato à contratada e reterá o pagamento da fatura mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º deste artigo, a contratante deve efetuar diretamente o pagamento dos



salários, os recolhimentos fiscais e previdenciários e o depósito do FGTS.

§ 3º Os valores depositados na conta de que trata o art. 9º desta Lei poderão ser utilizados pela contratante para o pagamento direto das verbas de natureza trabalhista e previdenciária.

§ 4º O sindicato representante da categoria do trabalhador deve ser notificado pela contratante para acompanhar o pagamento das verbas referidas nos §§ 2º e 3º deste artigo.

§ 5º Os pagamentos previstos nos §§ 2º e 3º deste artigo não configuram vínculo empregatício entre a contratante e os empregados da contratada.

Art. 17. Ficam mantidas as retenções na fonte previstas no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e nos arts. 7º e 8º da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011.

§ 1º Nos contratos de terceirização não abarcados pela legislação prevista no *caput* deste artigo, fica a contratante obrigada a reter o equivalente a 20% (vinte por cento) da folha de salários da contratada, que, para tanto, deverá informar até o 5º (quinto) dia útil do mês o montante total de sua folha de salários referente ao serviço prestado à contratada no mês anterior.

§ 2º A contratante deverá recolher em nome da empresa contratada a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia.



§ 3º O valor retido de que tratam o *caput* e o § 1º deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa contratada, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social.

§ 4º Na impossibilidade de haver compensação integral no mês da retenção, o saldo remanescente poderá ser objeto de compensação nos meses subsequentes ou de pedido de restituição.

§ 5º Na ausência de retenção ou na retenção a menor do que o valor devido, ficará a contratante solidariamente responsável pelo pagamento integral da contribuição previdenciária devida pela contratada sobre a folha de salários dos empregados envolvidos na execução do contrato.

Art. 18. A empresa contratante de serviços executados nos termos desta Lei deverá reter, sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço, a título de:

I - imposto de renda na fonte, a alíquota de 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) ou a alíquota menor prevista no art. 55 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988;

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, a alíquota de 1% (um por cento);

III - contribuição para o PIS/Pasep, a alíquota de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento); e



IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, a alíquota de 3% (três por cento).

§ 1º As alíquotas de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 3% (três por cento) aplicam-se inclusive na hipótese de a prestadora do serviço enquadrar-se no regime de não cumulatividade na cobrança da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

§ 2º No caso de pessoa jurídica beneficiária de isenção, na forma da legislação específica, de uma ou mais das contribuições de que trata este artigo, a retenção dar-se-á mediante a aplicação da alíquota específica correspondente às contribuições não alcançadas pela isenção.

§ 3º Os valores retidos no mês deverão ser recolhidos ao Tesouro Nacional pela pessoa jurídica que efetuar a retenção ou, de forma centralizada, pelo estabelecimento matriz da pessoa jurídica, até o último dia útil do segundo decêndio do mês subsequente àquele mês em que tiver ocorrido o pagamento ou crédito à pessoa jurídica prestadora do serviço.

§ 4º Os valores retidos na forma do *caput* deste artigo serão considerados como antecipação do que for devido pelo contribuinte que sofreu a retenção, em relação ao imposto de renda e às respectivas contribuições.

§ 5º Na impossibilidade de haver compensação integral no mês pela contratada, o saldo poderá ser compensado com os recolhimentos dos tributos nos meses subsequentes ou ser objeto de pedido de restituição.



Art. 19. A retenção de má-fé do pagamento devido pela contratante à contratada caracteriza-se como apropriação indébita, na forma do art. 168 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 20. As exigências de especialização e de objeto social único, previstas no art. 2° desta Lei, não se aplicam às atividades de prestação de serviços realizadas por correspondentes contratados por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, nos termos da regulamentação do Conselho Monetário Nacional - CMN, enquanto não for editada lei específica acerca da matéria.

Art. 21. O disposto nesta Lei não se aplica à relação de trabalho doméstico e às Guardas Portuárias vinculadas às Administrações Portuárias.

Art. 22. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora às seguintes penalidades administrativas, salvo se já houver previsão legal de multa específica para a infração verificada:

I - por violação aos arts. 11, 12, 13 e 14 e aos §§ 1°, 2° e 4° do art. 16, multa administrativa correspondente ao valor mínimo para inscrição na dívida ativa da União, por trabalhador prejudicado;

II - por violação aos demais dispositivos, multa administrativa correspondente ao valor mínimo para inscrição na dívida ativa da União.

Parágrafo único. A fiscalização, a autuação e o processo de imposição de multas reger-se-ão pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo



Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943, sem prejuízo da aplicação da legislação tributária por parte dos órgãos fazendários.

Art. 23. Para fins do enquadramento no disposto nesta Lei, no que se refere à garantia de direitos dos trabalhadores, contratante e contratada devem adequar o contrato vigente no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias a partir da data de sua publicação.

Parágrafo único. A contratante e a contratada não poderão prorrogar contratos em vigor que não atendam ao disposto nesta Lei.

Art. 24. A contratante poderá creditar-se da contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, até o limite da retenção ocorrida nos termos dos incisos III e IV do art. 18 desta Lei, calculadas sobre o valor pago à empresa contratada pela execução de atividades terceirizadas que se enquadrem nas hipóteses de crédito previstas no art. 3° da Lei n° 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

Parágrafo único. A apuração de créditos sobre dispêndios decorrentes das atividades não tratadas nesta Lei permanece regida pela legislação aplicável à contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins.

Art. 25. A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto nos arts. 17, 18 e 24 desta Lei.

Art. 26. Os direitos previstos nesta Lei serão imediatamente estendidos aos terceirizados da administração direta e indireta.



Art. 27. A quota a que se refere o art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, deverá ser cumprida pela empresa contratante em seus contratos de terceirização, considerando o somatório de seus empregados contratados e terceirizados.

Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, em 22 de abril de 2015.

Deputado ARTHUR OLIVEIRA MAIA
Relator

Anexo 7 – Projeto de Lei n ° 4.302/1998



Presidência da República
Secretaria-Geral
Secretaria de Assuntos Parlamentares

PROJETO DE LEI

Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na tomadora de seus serviços, e na empresa de prestação de serviços a terceiros e na contratante de seus serviços regem-se pelo disposto nesta Lei.

Capítulo I

DA EMPRESA DE TRABALHO TEMPORÁRIO

Art. 2º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa jurídica, de natureza comercial, cuja atividade consiste em colocar, temporariamente, trabalhadores por ela remunerados e assistidos à disposição de outra empresa, urbana ou rural.

Art. 3º Compreende-se como empresa tomadora de serviço ou cliente a pessoa física ou jurídica, urbana ou rural, que celebrar contrato com empresa de trabalho temporário, objetivando atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente, não decorrente de greve, a demanda extraordinária de serviços ou a necessidade decorrente de variações estacionais da atividade agrária.

Parágrafo único. Considera-se extraordinária a demanda de serviços oriunda de fatores imprevisíveis ou aquela derivada de fatores cuja ocorrência, embora previsível, seja intermitente ou periódica em escala anual.

Art. 4º Compreende-se como trabalhador temporário a pessoa física contratada por empresa de trabalho temporário para prestação de serviços em outra empresa, destinada a atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente, a demanda extraordinária de serviços ou a necessidade decorrente de variações estacionais da atividade agrária.

Art. 5º São requisitos para o funcionamento das empresas de trabalho temporário:

I – prova de constituição da firma com o competente registro na Junta Comercial da unidade da federação em que tenha sede;

II – prova de possuir capital social igual ou superior ao valor equivalente a 50.000 (cinquenta mil) Unidades Fiscais de Referência – UFIR;

III – prova de entrega da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, bem como apresentação do Certificado de Regularidade junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;

IV – prova de recolhimento da contribuição sindical;

V – prova de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Art. 6º O contrato firmado entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente será obrigatoriamente escrito, e ficará à disposição da autoridade fiscalizadora na sede da empresa tomadora de serviço ou cliente, dele constando, expressamente, o motivo justificador da demanda de trabalho temporário e as modalidades de remuneração da prestação de serviço.

§ 1º Durante a vigência do contrato de trabalho, a empresa de trabalho temporário transfere o poder diretivo sobre os seus trabalhadores à empresa tomadora de serviço ou cliente.

§ 2º O trabalhador temporário pode atuar tanto na atividade-meio quanto na atividade-fim da tomadora de serviço ou cliente.

Art. 7º O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviço ou cliente, com relação a um mesmo empregado, somente poderá exceder de seis meses, prorrogáveis por mais três meses, quando atendido um dos seguintes pressupostos:

I – prestação de serviços destinada a atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente, não decorrente de greve, que exceder de seis meses;

II – manutenção das circunstâncias que geraram acréscimo extraordinário dos serviços e ensejaram a contratação de trabalho temporário.

Parágrafo único. A prorrogação somente será permitida quando não implicar na diminuição dos postos de trabalho do quadro permanente de empregados da tomadora de serviço ou cliente, considerando-se como base a média do número de empregados permanentes nos últimos doze meses anteriores à prorrogação.

Art. 8º O contrato de trabalho celebrado entre a empresa de trabalho temporário e cada um dos trabalhadores colocados à disposição da tomadora de serviço ou cliente será obrigatoriamente escrito, dele constarão expressamente os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei, e ficará à disposição da autoridade fiscalizadora na sede da empresa de trabalho temporário, juntamente com a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS.

§ 1º O registro do trabalhador temporário limitar-se-á à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS de sua condição de temporário e o período correspondente ao início e término do contrato.

§ 2º A empresa de trabalho temporário é obrigada a elaborar folha de pagamento especial para os trabalhadores temporários.

§ 3º É nula, não produzindo qualquer efeito, a cláusula de reserva que proíba a contratação do trabalhador pela empresa tomadora de serviço ou cliente ao fim do prazo em que ele tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário.

Art. 9º São assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

I – remuneração equivalente à percebida pelos empregados de igual categoria da tomadora de serviço ou cliente, calculada com base na carga horária, garantida em qualquer hipótese a percepção do salário mínimo;

II – jornada de oito horas, salvo disposição legal em contrário, remuneradas as horas extraordinárias, não excedentes de duas, com acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento);

III – pagamento de férias proporcionais, no caso de dispensa sem justa causa ou término do prazo pré-fixado no contrato de trabalho, calculado na base de 1/12 (um doze avos) do último salário percebido, por mês trabalhado, considerando-se como mês completo a fração igual ou superior a 15 (quinze) dias, acrescido de 1/3 (um terço) previsto no artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal;

IV – décimo terceiro salário;

V – repouso semanal remunerado;

VI – adicional por trabalho noturno, insalubre ou perigoso;

VII – recolhimento para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;

VIII – seguro contra acidente de trabalho;

IX – proteção previdenciária nos termos da Lei Orgânica da Previdência Social.

Parágrafo único. A tomadora de serviço ou cliente é obrigada a comunicar, nos termos da legislação em vigor, à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um trabalhador posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho para os trabalhadores temporários tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho quanto a sede da empresa de trabalho temporário.

Art. 10. Constituem justa causa para rescisão do contrato do trabalhador temporário os atos e circunstâncias enumerados nos artigos 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que ocorram entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário ou entre ele e a tomadora de serviço ou cliente onde estiver prestando o serviço.

Art. 11. A empresa de trabalho temporário é obrigada a fornecer, mensalmente, à tomadora de serviço ou cliente comprovação do pagamento dos salários e da regularidade de sua situação com a Previdência Social e o FGTS, bem como cópias das respectivas guias de recolhimento.

Art. 12. A tomadora de serviço ou cliente responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias garantidas por esta Lei, no tocante ao período em que o trabalhador estiver sob seu poder diretivo.

Art. 13. O Ministério do Trabalho fiscalizará o cumprimento das disposições desta Lei, especialmente no tocante à manutenção, no âmbito da empresa tomadora de serviço ou cliente, das condições previstas no seu art. 4º e no parágrafo único do seu art. 7º.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no art. 4º desta Lei enseja o encaminhamento de relatório circunstanciado pela autoridade fiscalizadora ao Ministério Público do Trabalho, conforme previsto na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

Art. 14. É vedado à empresa de trabalho temporário cobrar do trabalhador qualquer importância a título de intermediação de mão-de-obra, podendo apenas efetuar os descontos previstos em lei ou em convenção ou acordo coletivo.

Art. 15. As alterações, durante a respectiva vigência, do contrato firmado entre a empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviço ou cliente, que tenham por objeto a redução ou o aumento do número de trabalhadores colocados à sua disposição, serão formalizadas mediante termo aditivo, observado o disposto no artigo 6º desta Lei.

Art. 16. É vedado à empresa de trabalho temporário ter ou utilizar em seus serviços trabalhador temporário, salvo nas hipóteses previstas no artigo 3º desta Lei ou quando a respectiva utilização decorrer de contrato por ela firmado com outra empresa de trabalho temporário.

Art. 17. As infrações ao disposto nesta Lei serão penalizadas com multa de 170 Unidades Fiscais de Referência – UFIR, por trabalhador prejudicado, dobrada no caso de reincidência.

Art. 18. Compete à Justiça do Trabalho dirimir os litígios ocorrentes entre as empresas de trabalho temporário e seus trabalhadores.

Capítulo II

DA EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS

Art. 19. Considera-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, legalmente constituída, que se destina a prestar determinado e específico serviço para outra empresa, fora do âmbito das atividades-fim e normais da tomadora dos serviços.

§ 1º As relações de trabalho entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e seus empregados são regidas pela CLT.

§ 2º A empresa de prestação de serviços a terceiros contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus empregados.

§ 3º Os empregados das empresas de prestação de serviços a terceiros não se subordinam ao poder diretivo, técnico e disciplinar da empresa contratante.

Art. 20. Considera-se contratante, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica que celebrar

contrato com empresa de prestação de serviços a terceiros com a finalidade de contratar serviços.

§ 1º Para a celebração de contrato entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e a contratante, as atividades desenvolvidas por ambas, bem como suas finalidades, serão necessariamente distintas.

§ 2º Dependendo da natureza dos serviços contratados, a sua prestação poderá desenvolver-se nas instalações físicas da contratante ou em outro local por ela determinado, garantido-se aos empregados as condições de segurança e saúde no ambiente de trabalho previstas pela legislação trabalhista e pelos atos normativos expedidos pela autoridade competente.

§ 3º É vedado à contratante manter trabalhador em atividade diversa daquela para a qual ele foi contratado pela empresa de prestação de serviços a terceiros.

Art. 21. A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias garantidas por esta Lei, no tocante ao período em que ocorrer a prestação dos serviços.

§ 1º Quando pertencentes ao mesmo grupo econômico, a empresa contratante é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias relativas ao período de duração do contrato, por ela firmado com a empresa de prestação de serviços a terceiros.

§ 2º A empresa de prestação de serviços a terceiros é obrigada a fornecer, mensalmente, à contratante comprovação do pagamento dos salários e da regularidade de sua situação com a Previdência Social e o FGTS, bem como cópia das respectivas guias de recolhimento.

Art. 22. Presentes os elementos constitutivos da relação do emprego previstos na CLT, configurar-se-á o vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores colocados à sua disposição pela empresa de prestação de serviços a terceiros, o mesmo ocorrendo quando o trabalho por eles prestado caracterizar desvio de função.

Capítulo III

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 23. A empresa de trabalho temporário e a de prestação de serviços a terceiros poderão adotar como objeto social, simultaneamente, o fornecimento de trabalho temporário e a prestação de serviços a terceiros.

Parágrafo único. Caso opte pelo objeto social referido no *caput* deste artigo, a empresa de trabalho temporário e a de prestação de serviços a terceiros elaborarão a folha de pagamento especial prevista no § 2º do art. 8º desta Lei.

Art. 24. As empresas de trabalho temporário e as de prestação de serviços a terceiros em funcionamento na data da vigência desta Lei terão o prazo de noventa dias, a contar de sua publicação, para se adequar às exigências nela contidas.

Art. 25. O disposto nesta Lei não se aplica às empresas de vigilância e de transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela CLT.

Art. 26. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 27. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

Brasília,

Anexo 8 – Quadro comparativo dos projetos de lei

QUADRO COMPARATIVO DOS PROJETOS DE LEI Nº 4.330/2004 E N º 4.302/1998

	PL 4302/1998	PL 4330/2004
Proponente	<ul style="list-style-type: none"> • Poder executivo. Mandato de Fernando Henrique Cardoso 	<ul style="list-style-type: none"> • Deputado Sandro Mabel (PL-GO). Foi relator do PL 4302/1998, ao qual apresentou conjunto de emendas.
Situação	<ul style="list-style-type: none"> • Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN); Aguardando Deliberação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) 	<ul style="list-style-type: none"> • Aguardando Apreciação pelo Senado Federal
Objetivo	<ul style="list-style-type: none"> • Propõe alterações na Lei 6019/1974 - Trabalho Temporário; • Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiro 	<ul style="list-style-type: none"> • Propõe regulamentação das relações contratuais que envolvem a terceirização;
Conceito de terceirização	<ul style="list-style-type: none"> • Serviços prestados devem ser determinados e específicos, diversos da atividade econômica; 	<ul style="list-style-type: none"> • Prestadora de serviço a terceiros à sociedade empresária destinada a prestar serviços determinados e específicos
Conceito de atividade-fim	<ul style="list-style-type: none"> • Não prevê 	<ul style="list-style-type: none"> • Não prevê
Licitude da terceirização e atividade-fim	<ul style="list-style-type: none"> • Permite trabalho temporário, por meio de contrato com empresas fornecedoras de mão-de-obra, nas atividades meio e fim da empresa tomadora. • Admite a quarteirização 	<ul style="list-style-type: none"> • Permite a terceirização nas atividades fim ou meio, ou seja, nas atividades inerentes acessórias ou complementares da contratante, por meio de empresas especializadas. • Admite a quarteirização
Informação prévia/negociação coletiva	<ul style="list-style-type: none"> • Não prevê 	<ul style="list-style-type: none"> • Não prevê
Vínculo de emprego	<ul style="list-style-type: none"> • Os trabalhadores terceirizados não se subordinam ao poder diretivo, técnico e disciplinar da contratante. • Define expressamente a inexistência empregatício 	<ul style="list-style-type: none"> • Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços. • Permite contratações sucessivas do mesmo trabalhador por diferentes empresas que prestem serviços.
Direitos previstos	<ul style="list-style-type: none"> • Igualdade de remuneração e jornada iguais aos da tomadora, proteção previdenciária e contra acidentes, direitos previstos em acordo ou convenção coletiva, mas exclui direitos previstos em acordo ou convenção. 	<ul style="list-style-type: none"> • Prerrogativa ao contratante estender os mesmos benefícios de seus empregados; • Responsabilidade da tomadora com condições de segurança e saúde
Responsabilidade	<ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas previdenciárias 	<ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas na relação entre contratante e contratada.
Setor público	<ul style="list-style-type: none"> • Não prevê 	<ul style="list-style-type: none"> • Menciona setor público - responsabilidade por encargos trabalhistas (Lei 8666/93)
Representação sindical	<ul style="list-style-type: none"> • Inclui requisitos para funcionamento das empresas guia de recolhimento da contribuição sindical 	<ul style="list-style-type: none"> • Recolhimento da contribuição sindical à categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante