

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O ESTADO COMO AGENTE DA  
PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

JULIANA FERREIRA SICURO DE MORAES

Rio de Janeiro

2017 / 1

JULIANA FERREIRA SICURO DE MORAES

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O ESTADO COMO AGENTE DA  
PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Pós-Dr. Renato de Almeida Oliveira Muçouçah.

Rio de Janeiro

2017 / 1

JULIANA FERREIRA SICURO DE MORAES

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O ESTADO COMO AGENTE DA  
PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Renato de Almeida Oliveira Muçouçah.

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca examinadora:

---

Orientador

---

Membro da banca

---

Membro da banca

Rio de Janeiro

2017 / 1

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a técnica de terceirização, como um dos fatores fundamentais do processo de reestruturação produtiva que emerge no segundo pós-guerra, cuja aplicação tem se estendido a todos os setores, admitindo-se, inclusive, seu uso no âmbito da Administração Pública. Trata-se de fenômeno que surge no mundo fático de organização da produção, que reconfigura as relações entre capital e trabalho para atender às novas demandas do capitalismo, reafirmando a exploração do trabalho como meio de aumentar a produtividade e o lucro. Como resultado, verifica-se um processo de precarização das condições de trabalho e erosão de direitos sociais, confirmados por inúmeros estudos. A propagação do trabalho terceirizado deve ser objeto de discussão, pois afronta, comprovadamente, inúmeros direitos sociais e se insere em um processo que só tende a crescer. Nesse sentido, procuramos investigar a constitucionalidade do uso de empresas terceirizadas para a prestação de serviços para atender às necessidades da Administração Pública uma vez que a terceirização não se adequa aos direitos e garantias fundamentais. Seja por violação da regra do concurso público, seja pela explícita nocividade que a terceirização representa, não a consideramos compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, e menos ainda, com a aplicação desta no âmbito da administração direta ou indireta. Para este trabalho, utilizamos o método hipotético-dedutivo, por meio do qual, partindo da premissa de que há falhas ou lacunas na lei, testa as hipóteses de resposta dedutivamente. Concluimos, por fim, que à luz dos princípios fundamentais inscritos na Constituição, admitir a terceirização no setor público implica em subversão do papel do Estado, que vai de garantidor da efetivação dos direitos sociais, a agente da precarização das relações de trabalho.

**Palavras-chave:** terceirização, administração pública, inconstitucionalidade.

## Abstract

This paper deals with the outsourcing technique as one of the fundamental factors in the process of productive restructuring that emerged in the second post-war, whose application has been extended to all sectors, even admitting its use within the scope of Public Administration. This is a phenomenon that arose in the world of organization of production which reconfigures the relations between capital and labor to meet the new demands of capitalism, reaffirming the exploitation of labor as a means of increasing productivity and profit. As a result, there is a process of precarious working conditions and erosion of social rights, confirmed by numerous studies. The propagation of outsourced work must be the subject of discussion, since it has proven numerous social rights and is part of a process that only tends to grow. In this sense, we seek to investigate the constitutionality of the use of outsourced companies to provide services to meet the needs of the Public Administration since outsourcing does not fit the fundamental rights and guarantees. Whether it is due to a violation of the public tender rule or to the explicit harmful nature of outsourcing, we do not consider it compatible with Brazilian law, and even less with the application of this in direct or indirect administration. For this work, we use the hypothetical-deductive method, whereby, based on the premise that there are flaws or gaps in the law. Finally, we conclude that in the light of the fundamental principles enshrined in the Constitution, admitting outsourcing in the public sector implies subversion of the role of the State as a protector of the social rights instead of an agent for precariousness of labor relations.

Keywords: outsourcing, public administration, unconstitutionality

## SUMÁRIO

Introdução.....	7
CAPÍTULO 1: Marcos normativos e jurisprudenciais sobre a terceirização na Administração Pública: um breve balanço .....	
Marcos normativos inaugurais: as primeiras normas sobre terceirização na Administração Pública .....	15
Dois importantes marcos jurisprudenciais: Súmulas 256 e 331 do TST .....	18
A ADC 16, a responsabilização subsidiária do Estado e a mudança na Súmula 331.....	22
CAPÍTULO 2: Terceirização: origens e impactos de uma prática nociva às relações de trabalho.....	
O início do fim: a conjuntura de origem da terceirização .....	31
Terceirização e a erosão de direitos: a perversa realidade .....	34
CAPÍTULO 3: O Estado como agente da precarização das relações de trabalho .....	
A constitucionalidade duvidosa da terceirização no âmbito da Administração Pública e a regra do concurso público .....	43
A incompatibilidade da terceirização com os valores constitucionais dos direitos e garantias fundamentais .....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
BIBLIOGRAFIA .....	58

## INTRODUÇÃO

A temática da terceirização vem sendo debatida intensamente nos últimos meses em razão da recente promulgação da lei 13.429 de 31 de março de 2017. Embora o tema não seja novo, que já é objeto de estudos desde a década de 1990, momento em que começa a tomar vigor o fenômeno da subcontratação no âmbito das organizações empresariais, hoje o debate ganha mais urgência. O que a famigerada lei de terceirização pretende é a regulamentação da contratação de empresas terceirizadas para prestação de serviços em todas as atividades de uma empresa, seja ela atividade meio ou atividade fim, assunto que até então era regulada pela Súmula 331 do TST.

A gravidade do objeto da lei, que tem gerado vigorosa oposição de diversos segmentos organizados da sociedade civil, reside na autorização legislativa conferida à contratação de toda e qualquer atividade realizada por uma empresa, seja ela a atividade-meio ou a atividade-fim. Como muitos estudos empíricos já apontam, os empregados terceirizados estão inseridos em um quadro de precarização mais agravado que os experimentados por seus colegas contratados diretamente pela tomadora de serviços.

Dados do Dieese apontam que de 2007 a 2014, a média da diferença entre as remunerações entre empregados terceirizados e empregados diretamente contratados estava entre 23% e 27%. Em valores, a remuneração média dos contratados diretos era de R\$2.639,00, enquanto os terceirizados recebiam em média R\$2.021,00. Os terceirizados raramente conseguem gozar férias anuais e sequer receber as verbas rescisórias ao término do contrato de trabalho visto que, em regra, as empresas terceirizadas não têm idoneidade econômica.

Nesse contexto, verifica-se que a opção pela mão de obra terceirizada surge como uma estratégia de redução dos custos da produção por meio da diminuição dos direitos do trabalhador, cuja força de trabalho se torna cada vez mais barata para viabilizar a concorrência com as demais empresas. Diante dessa lógica, é pertinente

indagar qual a responsabilidade do poder público, representado em suas diferentes esferas, em conter o avanço da precarização das relações de trabalho?

Mais do que isso, é preciso refletir se há contribuição da administração pública na legitimação do uso da subcontratação, já que a terceirização é fenômeno que já atinge os órgãos e entidades da administração pública. Pra isso, é preciso identificar o contexto em surge a terceirização, como modalidade de contratação identificada às novas metodologias de produção associadas à reestruturação produtiva por que passa o capitalismo a partir da década de 1960. Com a crise do modelo fordista no contexto do pós-segunda guerra, o capital inicia um movimento de reestruturação produtiva, baseado no modelo japonês, que tem por escopo a redução estrutural da empresa, de modo a repassar parte da produção a empresas terceiras, de modo que a empresa concentre seus esforços no negócio principal (core business).

Neste ponto, buscamos examinar a compatibilidade do uso da técnica da terceirização de serviços no âmbito da administração pública no Brasil, sob a perspectiva das funções e deveres do Estado como garantidor da ordem pública, da justiça e do bem estar da sociedade. Busca-se aqui, entre outros objetivos, questionar se há compatibilidade no uso de empregados terceirizados na prestação de serviços para a administração pública, considerando-se que essa modalidade de contratação surge em um contexto de modernização das formas de produção capitalistas e, portanto, presta-se à redução do custo de produção e, conseqüentemente, à maximização dos lucros.

Nessa perspectiva, busca-se denunciar a incompatibilidade da terceirização de serviços pela administração pública, não apenas pelo fato de o Estado ter finalidades distintas das corporações econômicas que criaram a ideia de subcontratação, como também pela nefasta legitimação do trabalho terceirizado que se verifica a partir da adoção imoderada dessa técnica pelo Estado. Deve-se considerar aqui o evidente estado de precarização em que se insere o empregado terceirizado, invisibilizado no ambiente de trabalho, condenado a uma jornada de trabalho maior e a salários mais baixos do que os dos empregados ditos efetivos, conforme apontam inúmeros estudos empíricos.



A partir dessa contradição, buscaremos demonstrar a dificuldade enfrentada por esses empregados em ver concretizados os seus direitos trabalhistas, que se submetem a longas batalhas judiciais, onde se discute a responsabilização da tomadora e da prestadora de serviços por seus direitos trabalhistas não quitados.

Nesse contexto, destaque-se a postura do Estado que se esquivava da responsabilidade subsidiária por tais créditos, vez que a jurisprudência impõe ao trabalhador o ônus de provar a conduta culposa da administração pública na fiscalização do contrato com a empresa terceirizada, em manifesta contradição com os princípios e direitos sociais insculpidos na constituição da República, que deveriam ser protegidos, em primeira instância, pelo próprio Estado.

O debate sobre os efeitos da terceirização, introduzida no Brasil com maior força a partir do avanço neoliberal da década de 1990, já ganha corpo desde os anos 2000. Há posicionamentos vigorosos contra e a favor da subcontratação de empregados como forma de reduzir custos com a força de trabalho. No entanto, aqui, o que se quer é lançar luz sobre o comportamento do Estado como agente que contribuiu para a precarização das condições de trabalho de milhões de trabalhadores terceirizados, tanto do ponto de vista da administração como tomadora de serviços, quanto pelo papel do Poder Judiciário como garantidor dos direitos sociais inseridos na Constituição e nas leis.

A contratação de mão de obra terceirizada pela administração pública se dá por meio de procedimento licitatório, regulado pela lei 8666/93. As empresas prestadoras de serviços que desejam participar da seleção que confluirá para a contratação com o poder público devem se enquadrar nos critérios estabelecidos para habilitação no processo licitatório, previstos naquela lei. Conquanto a prestação de serviços por empresas terceirizadas raramente se enquadrem na modalidade de serviços que exijam a alta qualificação técnica, que justifiquem a seleção licitatória na modalidade “técnica e preço”, a modalidade que se apresenta como adequada à seleção de empresas

terceirizadas é a do menor preço. Habilitada a empresa e ofertada a proposta de menor preço pelos serviços oferecidos à administração pública, vencida está a licitação.

Em que pese o trabalho realizado pelos empregados terceirizados se dê nas dependências das entidades e órgãos públicos – o que ocorre em todas as instâncias e nos três poderes -, esses empregados não têm qualquer vínculo direto com a administração pública. Seu vínculo jurídico se estabelece diretamente com a empresa terceirizada, que se torna responsável direta pelo pagamento dos direitos trabalhistas e demais encargos sociais devidos ao empregado.

Nessa dinâmica, e nos termos da Súmula 331 do TST,

“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.”

Assim, a administração tem dever de fiscalizar o contrato realizado com a prestadora de serviços, de modo a certificar-se do cumprimento de todas as obrigações trabalhistas junto aos seus subordinados. A partir do cumprimento desse dever de fiscalização pelo ente contratante, é que este se vê desobrigado pelos créditos eventualmente devidos e não pagos pela empresa prestadora de serviços, nos termos da citada súmula.

Ocorre que, frequentemente, as pessoas jurídicas contratadas para prestarem serviços terceirizados junto à administração pública encerram as suas atividades sem, contudo, cumprirem com todas as suas obrigações contratuais em face de seus empregados. Como se verifica amiúde nos noticiários de televisão, os empregados terceirizados de autarquias e órgãos públicos se veem deixados à mingua após meses

sem salários e sem a prestação de todos os direitos laborais devidos, com o encerramento das atividades de suas empregadoras. É nesse contexto nada excepcional, que se multiplicam ações trabalhistas em busca de reparação pelas violações de direitos sofridas pelos terceirizados.

O recurso ao judiciário apresenta-se como um meio corriqueiro de se salvaguardar os direitos mínimos devidos aos trabalhadores tais como hora-extra, adicionais noturnos, verbas rescisórias, salários atrasados, entre outros. A via que deveria ser excepcional, torna-se muitas vezes a única possível de que dispõe o trabalhador para ver assegurados seus direitos.

Nesse ponto, chegaremos a uma importante discussão: o papel do poder judiciário como aquele capaz de corrigir essa distorção. Questiona-se em que medida o judiciário obstaculiza ou contribui para essa prática. Para responder essa questão, buscar-se-á, a partir da análise da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na evolução da Súmula 331, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em matéria de responsabilização do Estado por eventuais créditos trabalhistas inadimplidos por empresas terceirizadas.

Para além desse debate, ressalta-se que o tema da terceirização na administração pública é matéria de inegável importância, pela centralidade e urgência do debate acerca dos efeitos perversos da subcontratação de trabalhadores, já que vivemos sua recente autorização legislativa, materializada na Lei 13.429/17. Além disso, a iminência de uma possível reforma trabalhista que visa solapar as principais bases da legislação laboral arduamente consolidadas no nosso país, revelam a urgência do debate sobre a precarização das formas de trabalho, que é a agenda do recém chegado governo, após o impedimento da presidenta democraticamente eleita.

É importante destacar que, até a recente aprovação da lei de terceirização, não havia autorização legislativa para a contratação de empresas terceirizadas no nosso país, exceto no caso do contrato de trabalho temporário (Lei nº 6.019/1974) e de serviços de

vigilância (Lei nº 7.102/1983). Assim, o Tribunal Superior do Trabalho considerava ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, caso em que formar-se-ia vínculo empregatício direto com o tomador de serviços, previsto no enunciado nº 256, de 1986.

Em 1993, o enunciado foi revisto e foi então aprovada a famosa Súmula nº 331, que autorizou certas hipóteses de terceirização, limitando-as à terceirização das “atividades-meio”. Ainda que indevidamente tenha o TST ampliado os casos autorizados de terceirização, a dita súmula mantinha um papel fundamental de se evitar a precarização total, vedando a terceirização das atividades-fim.

Assim, ainda que, na prática, tenha havido chancela do judiciário para esse tipo de contratação, naquela ocasião havia intenção de dar contornos claros, por meio da jurisprudência, que evitassem a contratação indiscriminada de empregados terceirizados.

Por diferentes razões, não há unanimidade entre os operadores do direito, e muito menos entre entidades da sociedade civil, sobre a utilização dessa modalidade contratual. A articulação de entidades que representam o empresariado brasileiro, como a Confederação Nacional de Indústrias (CNI), a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), a Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN)<sup>1</sup>, entre outras inúmeras associações, desde a década de 1990, se organizaram com vias a derrubar a vedação a contratação de terceirizados, consubstanciada no Enunciado 256 do TST.

---

<sup>1</sup> Como destacou o vice-presidente do Conselho Empresarial de Política Social e Trabalhista do sistema FIRJAN, Renan Feghali “A aprovação da terceirização é extremamente oportuna. Não se trata de uma medida que precariza a relação de trabalho, porque os direitos dos trabalhadores estão garantidos. Mas torna mais dinâmica tanto a gestão da produção quanto o gerenciamento da área administrativa das empresas”. Vide: **Revista Carta da Indústria**, v.18, n. 745, 3 a 16 abr. 2017. Disponível em <<http://publicacoes.firjan.org.br/carta/745/files/assets/common/downloads/publication.pdf>> Acesso em 15 jun. de 2017.

Ainda na década de 1990, foi editada a Súmula 331 por aquele Tribunal que, como foi dito, representou um retrocesso aos direitos dos trabalhadores. Em 1998, no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, foi enviado ao Congresso Nacional um projeto de lei, o então PL 4302/98, que alterava a lei de contratação temporária e que tinha por escopo acabar com as restrições à contratação do trabalho terceirizado.

Na gestão seguinte, ainda sem ter sido aprovado após 5 anos de tramitação, o PL 4302/98 foi retirado de pauta pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Recauchutado, o projeto da década de 1990 foi então convertido em 2004 em PL 4330/04, incluído em votação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e posteriormente aprovada em primeira votação por aquela casa legislativa em abril de 2015.

Por fim, foi aprovada no dia 22 de março de 2017 e sancionada a lei 13.429/17, então PL 4302 / 98, que regulamenta o trabalho terceirizado e temporário no país. Apesar de não ser uma norma específica para Administração Pública, não se pode prescindir de sua análise, já que vivemos sua recente autorização legislativa.

Na esteira deste debate, diversas entidades se manifestaram expressamente contra a aprovação do PL 4330/04 tais como a Central Única dos Trabalhadores (CUT), o Sindicato Nacional de Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait), a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) além de acadêmicos, juristas e entidades de direito internacional ligadas à defesa dos direitos trabalhistas. Inúmeros foram os manifestos publicados e cartas abertas à sociedade que expressavam o posicionamento dessas e de outras organizações contrárias a aprovação do então PL 4330.

Neste cenário, diante do avanço das discussões legislativas concretizado pela aprovação do projeto de lei que coloca em risco a proteção de milhões de trabalhadores terceirizados e diante da perspectiva de precarização institucionalizada que se avizinha,

é que pretendemos contribuir lançando mão de mais um trabalho que busca demonstrar, como muitos, os impactos negativos da terceirização no nosso país.

Mais do que isso, pretende-se inserir a questão da terceirização no contexto da administração pública, para corroborar que esta é mais uma forma de institucionalizar uma prática nociva aos direitos dos trabalhadores, sobretudo quando perpetrada por quem tem o papel constitucional de zelar por eles. Assim, visando contribuir para denunciar a tendência ao retrocesso social que estamos vivendo, é que esse assunto mostra-se relevante.

## CAPÍTULO 1

MARCOS NORMATIVOS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO  
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM BREVE BALANÇO

*Quando a própria lei comete um ato que ela deveria reprimir, nesse caso a espoliação não é menor, porém maior e, do ponto de vista social, com circunstâncias agravantes.*

*(Frederic Bastiat)*

1. Marcos normativos inaugurais: as primeiras normas sobre terceirização na Administração Pública

As origens das disposições legislativas pátrias sobre contratação de terceiros para a prestação de serviços no âmbito da Administração Pública datam da década de 1960, introduzidas<sup>2</sup> pelo Decreto-lei n° 200 / 67, ainda em vigor, que dispõe sobre a Administração Pública federal. Estabelece o art. 10 da referida norma sobre a descentralização das atividades da Administração Pública federal, que deverá ser feita em três planos principais: dentro dos quadros da Administração federal; da administração federal para as unidades federadas, mediante convênio e da administração federal para órbita privada, mediante contratos ou concessões, sendo esta última forma a que aqui vai nos interessar.

Trata-se, assim, no entender da norma, da execução indireta de serviços públicos mediante contratos com particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, que tem por finalidade descarregar as atividades executivas do Estado, para que este se concentre em suas funções essenciais de planejamento, coordenação, supervisão e controle.

---

<sup>2</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 491

Assim dispõe o art.10, § 7º:

§ 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.

Assim, o Decreto-lei faculta a particulares o papel de realizar as atividades delegadas pela Administração Pública federal, com o objetivo de melhor desempenhar suas atividades específicas. No entanto, considerando-se o Decreto-lei 200/67 como um todo (que se trata de importante marco do Direito Administrativo quanto a organização do serviço público, frise-se), há que se observar que o referido art. 10, § 7º localiza-se no capítulo 3, onde se dispõe sobre a descentralização dos serviços públicos. Ocorre que, o que se entende por descentralização<sup>3</sup>, na forma como estabelece o decreto, não está em consonância com o entendimento doutrinário – ou mesmo legal – do que vem a ser a descentralização.

As atividades autorizadas pelo decreto a serem contratadas com particulares seriam aquelas consideradas como atividades-meio, que complementam as atividades primordiais do Estado. Ora, se relacionarmos esse entendimento ao objetivo de descentralizar as atividades do Estado, veremos que não se trata de descentralização, mas de terceirização, visto que a descentralização, segundo a definição doutrinária<sup>4</sup>, refere-se à prestação de serviços pela Administração Pública à sociedade (relação entre

---

3 CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2006. p 110

4 Na lição de Helly Lopes Meireles: “A descentralização administrativa pressupõe, portanto, a existência de uma pessoa, distinta da do Estado, a qual, investida dos necessários poderes de administração, exercita **atividade pública ou de utilidade pública**. O ente descentralizado age por outorga [de lei] do serviço ou atividade, ou por delegação [por contrato] de sua execução, mas sempre em seu nome próprio.” (Grifo nosso).Vide: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. p.708.



administração e administrado), e não à realização de tarefas para a própria administração como destinatária final dessa atividade.

Quando se autoriza a execução indireta de tarefas, conforme também se verá pela análise do decreto nº 2.271 / 1997, verifica-se que as atividades a que se referem a execução indireta são aquelas prestadas diretamente à Administração Pública, tendo esta como destinatária final, ou seja, atividades terceirizadas. Mais do que isso, a autorização concedida pelo decreto que abre espaço para a prática da terceirização tinha por objetivo beneficiar a administração pública com a redução dos custos com a mão de obra, servindo como um exemplo<sup>5</sup> para a mesma prática pelos setores privados.

As normas que dispõem sobre a contratação de serviços pela administração federal direta, autárquica e fundacional estão no decreto nº 2.271 / 1997, que estabelecem a natureza das atividades que podem ser atribuídas a outros entes, conferindo possibilidade de execução indireta de amplo leque de atividades, conforme dispõe o art. 1º:

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

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

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

O parágrafo 2º revela o óbice para a contratação de terceiros para realização de atividades-fim do Estado que, por norma constitucional expressa, deve ser realizada por servidores públicos concursados, conforme a regra do art. 37, II da Carta Constitucional.

5 LEITÃO, Tabata Gomes Macedo de. **A terceirização no contexto de eficácia dos direitos fundamentais**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. p.64

A autorização concedida pelo decreto-lei 200/67 para a contratação de particulares para a prestação de serviços por “execução indireta”, conforme destacado pelo decreto 2271/97, fez proliferarem as empresas terceirizadas, que ainda na década de 1970<sup>6</sup> já eram milhares. Relembre-se, contudo, que a reforma administrativa<sup>7</sup> perpetrada pelo decreto-lei 200 se insere em um contexto de modernização do Estado, que buscava a flexibilização da administração com o objetivo de atribuir maior operacionalidade às atividades econômicas do Estado.

## 2. Dois importantes marcos jurisprudenciais: Súmulas 256 e 331 do TST

Na esteira da normatização, em razão de, há algumas décadas, não haver regulamentação apropriada e visando dar um limite à terceirização desenfreada, o Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se acerca do assunto por meio de algumas súmulas.

A antiga súmula nº 256 do TST, de 1986, hoje cancelada, autorizava apenas a terceirização de atividades já regulamentadas, seja pela lei de contratação temporária (lei 6.019/74) ou pela lei de contratação de empresas privadas de serviços de vigilância, nos termos do texto a seguir:

**Súmula 256/TST - 08/03/2017. Contrato. Prestação de serviços. Legalidade. Empresa prestadora de serviços (cancelada).**

«(Cancelada pela Res. 121/2003 - DJU 21/11/2003).»

Redação anterior (Revista pela Súmula 331/TST): «256 - Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019, de 03/01/74 e 7.102, de 20/06/83, é ilegal a contratação de

---

6 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 444

7 “A reforma operada em 1967 pelo Decreto-lei nº 200, entretanto, constituiu um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento na administração gerencial no Brasil. Mediante o referido decreto-le, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional.” Vide: CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 2 Ed. São Paulo. Elsevier. 2006. p.110

trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.» (Referências: RR 3.442/84; Convenção 122/64-OIT (Dec. 66.499, de 27/04/70). CF/67, arts. 160, II, IV, VI e 165, V; CLT, arts. 2º, § 2º, 3º, 9º e 442 a 444; Lei 6.019/74; Lei 7.102/83; Lei 5.645/70, art. 3º, parágrafo único; Dec.-lei 200/67, art. 10, §§ 7º e 8º; RO-DC 203/84 e RO-DO 535/83. Res. 4, de 22/09/86 - DJU de 30/09/86, republicado no DJU de 03/11/86).

Dispunha a referida súmula que, salvo nos casos de trabalho temporário e serviço de vigilância, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços. Ora, o conteúdo da súmula era bastante restritivo em relação às atividades autorizadas a serem prestadas por empresas terceirizadas, visto que considerava apenas as atividades ou situações que estavam efetivamente regulamentadas por lei. Além disso, o enunciado foi silente em relação à contratação por empresa interposta no âmbito da administração pública. No entanto, seu conteúdo foi ampliado muitos anos depois com o cancelamento desta e a consolidação da súmula 331.

Antes da adaptação do enunciado da súmula 331 à decisão do STF na ADC nº 16, dispunha ela:

#### 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 personalidade 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).”

Ao contrário do que estabelecia sua antecessora, a Súmula 331 trouxe à luz a hipótese de terceirização na Administração Pública, em seus itens II e IV. Além disso, ampliou consideravelmente as possibilidades de contratação de empresas terceirizadas, quando limitou<sup>8</sup> essa autorização à prestação de serviços considerados atividades-meio, critério considerado problemático por parte da doutrina. Desse modo, a nova jurisprudência da corte superior trabalhista alargava as hipóteses de intermediação de mão de obra na esfera privada, e abria espaço para a terceirização no setor público, flexibilização que expressa posicionamento menos benéfico em relação ao anterior.

No entanto, há de se considerar que ainda que ampliassem as possibilidades de contratação de atividades por meio da terceirização, a Súmula 331 surge como “uma tentativa – insuficiente, mas necessária – de circunscrever os efeitos da terceirização para evitar a universalização dessa prática, ainda que, ao tempo de sua edição, ela tenha paradoxalmente ampliado as hipóteses de terceirização”<sup>9</sup>.

No entanto, reconhece-se louvável a preocupação com a responsabilização subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações do prestador, ainda que o tomador seja ente público. Dizemos louvável quando consideramos a disposição leviana prevista no artigo 71, § 1º, da lei 8666 / 93, que retira da Administração Pública a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações contratuais da prestadora em relação aos trabalhadores conforme dita seu dispositivo:

**Art. 71.** O contratado é responsável pelos **encargos trabalhistas**, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. (após a alteração da 9.032/95))

**§ 1º** A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, **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.

---

8 SILVA, Sayonara Grillo. A terceirização e o papel dos tribunais no controle das práticas de precarização do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho do TRT9**, v. 4, n°35, p. 51-68, 2014.

9 SILVA, Sayonara Grillo. A terceirização e o papel dos tribunais no controle das práticas de precarização do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho do TRT9**, v. 4, n°35, p. 51-68, 2014

Verifica-se aqui um desserviço legislativo. Além da autorização concedida à terceirização de diversas atividades, ainda declara o Estado isento da responsabilidade pelo prejuízo eventualmente sofrido pelo trabalhador, caso seu empregador venha a descumprir com as obrigações por ele assumidas. O Estado, que se beneficiava diretamente do serviço prestado, ficava blindado de eventuais ações de cobrança de encargos trabalhistas, contrariando princípios essenciais como a proteção ao trabalhador. Além disso, ao estabelecer a irresponsabilidade do Estado, o legislador violou o princípio da igualdade quando o ordenamento dispõe que, entre entes privados, incide a responsabilização subsidiária em caso de inadimplemento do prestador.

Reconhecendo tal estado de coisas, dispõe o item IV da Súmula 331 que 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. Aqui se revela um passo positivo no sentido de conter os danos possíveis da prática da terceirização, por meio da responsabilização subsidiária do Estado, ao contrário do que dispõe o famigerado artigo 71, § 1º. O item IV veio na esteira de julgados sobre o tema, que já assim eram decididos pelo colendo TST.

Desse modo, depois da edição da Súmula 331 e antes do julgamento da ADC 16 pelo STF, assim se situava juridicamente, em linhas gerais, a terceirização na Administração Pública no país: autorizada pelo art. 10 parágrafo 7º, do Decreto-lei 200/67, complementado pelo art. 3º parágrafo único da Lei 5.645/70 e pelo Decreto Federal 2.271/97, que estenderam as possibilidades de terceirização para diversas atividades. E, tratando-se de atividade-fim, ou cumpridos os requisitos da relação de emprego, resta comprovada a situação de terceirização ilegal, sem formação de vínculo em razão do óbice constitucional. Quanto à responsabilização, em sendo lícita a terceirização, a responsabilidade do tomador será subsidiária nos termos estabelecidos pela súmula, conforme veremos.

Não obstante o empenho legislativo na edição de normas autorizadoras de terceirização, e o empenho jurisprudencial de balizar a aplicação dessas normas, não se pode admitir a sua compatibilidade com as normas e princípios constitucionais, conforme se verá nos capítulos subsequentes. Aqui, o posicionamento jurisprudencial deixou a desejar: inicialmente, conquanto tenha afastado a irresponsabilidade do Estado, inscrita na lei 8666 / 93, para aplicar a responsabilidade subsidiária; mais tarde condicionou essa responsabilidade à comprovação da conduta culposa da Administração Pública na fiscalização do contrato, o que resulta uma dificuldade ainda maior para o trabalhador em ver efetivado o seu direito.

### 3. A ADC 16, a responsabilização subsidiária do Estado e a mudança na Súmula 331

Antes de adentrar às hipóteses em que a responsabilidade do Estado, como tomador de serviços, será subsidiária, nos termos da Súmula 331, veremos os impactos do julgamento da ADC 16 pelo STF na citada súmula. A Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 37, XXI que 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. Esta última foi promulgada em 1993, a chamada Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei 8.666 / 93), regulamentando o dispositivo constitucional. O problemático artigo 71 desta lei, conforme foi dito, retirava da Administração Pública a responsabilidade por encargos trabalhistas resultantes do inadimplemento da contratada, o que era afastado pela jurisprudência por meio do reconhecimento da responsabilidade subsidiária do Estado em certas hipóteses.

Havia para a Administração Pública o benefício de ordem, podendo ser chamada a arcar com o débito trabalhista em caso de execução infrutífera contra a prestadora de serviços. Entretanto, a responsabilidade neste caso era subjetiva, e exigia para sua configuração o reconhecimento da culpa na conduta do ente contratante. Erigiu-se, dessa forma, duas modalidades de culpa passíveis de gerar a responsabilidade, sistemática que prevaleceu mesmo depois da ADC 16: a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*.

Antes de investigar as condutas geradoras da culpa do Estado, é preciso considerar que o afastamento da responsabilidade, ainda que subsidiária, do Estado em relação aos encargos trabalhistas afronta diretamente a rede protetiva geral trabalhista, inscrita na nossa Constituição, além de ser de constitucionalidade duvidosa, visto que essa isenção de responsabilidade não se estende à terceirização praticada por entidades de direito privado, restando violado o princípio da isonomia.

Podemos pontuar alguns dispositivos que consagram princípios de proteção ao trabalhador, tais como a dignidade da pessoa humana e os valores do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III); os objetivos constitucionais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3, III), promover o bem de todos (art. 3, IV), o rol de direitos e garantias do artigo 5º, os direitos sociais nos artigos 6º e 7º, o art.60 parágrafo 4º, art. 170, incisos III, VI, VII e VIII, art. 193, art.200, VIII, e artigo 225.

Destaca-se, desse modo, os princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador, os valores sociais do trabalho, os valores sociais da livre iniciativa, a função social da propriedade, a cláusula de avanço social do art. 7º, a vedação ao retrocesso social, a valorização do trabalho humano na ordem econômica, o primado do trabalho como base da ordem social, a exigência de se assegurar uma existência digna, o bem estar social, entre outros princípios fundamentais que devem balizar a atividade legislativa e jurisprudencial.

Percebe-se, com isso, que da interpretação do texto constitucional e de sua rede protetiva de direitos não seria coerente admitir uma isenção de responsabilidade tal qual se verifica no artigo 71, § 1º da Lei de Licitações. Não se pode aceitar que o Estado se beneficie diretamente do trabalho realizado por um empregado e depois se isentar por completo da responsabilidade pelo débito trabalhista inadimplido pela empresa contratada pela Administração, que, em última instância, foi quem fez a escolha da contratada e fiscalizou o contrato. A admitir-se tal conduta, poderia a administração pública contratar pessoa jurídica inidônea prestadora de serviços para atender às suas

necessidades, sem se atentar para a capacidade financeira da empresa de arcar com eventuais créditos. Daí, em caso de inadimplemento da prestadora inidônea, a Administração sairia ileso da responsabilidade pelos danos sofridos pelos empregados terceirizados. Não se pode aceitar, em hipótese alguma, essa leitura. Neste último argumento, se baseia a jurisprudência do colendo TST para fixar os critérios geradores da culpa do Estado, conforme destacado no julgado

“Ora, a inadimplência da 1ª ré quanto ao pagamento dos haveres trabalhistas denota a falta de zelo por parte do tomador de serviços na escolha da empresa contratada e, principalmente, na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, devendo ser ressaltado que a recorrente não comprovou que fiscalizou os pagamentos feitos pela 1ª reclamada a seus empregados.”<sup>10</sup>

Em interpretação sistemática da própria Lei de Licitações, a partir da leitura dos artigos 58, 66 e 67, podemos encontrar as diretrizes para instituir esses critérios:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:  
III - fiscalizar-lhes a execução

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

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

Pela leitura dos dispositivos, percebe-se que há uma imposição da lei para que a administração fiscalize os seus respectivos contratos, consubstanciada em uma das chamadas cláusulas exorbitantes, presentes nos contratos regidos pelo direito público. Sendo dever da Administração fiscalizar a execução dos contratos, a sua omissão neste particular pode fazê-la incidir na hipótese da culpa *in vigilando*, havendo a possibilidade

---

10 Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº121200-89.2011.5.17.0001. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília. DF. Jul. 2013. Disponível em <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=121200&digitoTst=89&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0001&submit=Consultar>> Acesso em 15 jul. 2017.



de responsabilização subsidiária da administração contratante em caso de inadimplemento da prestadora de serviços.

Da mesma forma, da leitura do dispositivo constitucional que condiciona a contratação com entes públicos à observância da Lei de Licitações, decorre a culpa *in eligendo*, já que compete à Administração contratante realizar o procedimento licitatório para a escolha da empresa prestadora de serviços, estabelecendo os critérios em que deverão se basear para a seleção da empresa que melhor cumpra com as finalidades propostas no contrato.

Com base nesses critérios, o colendo TST elegeu essas duas modalidades de culpa como critérios decorrentes da lei para a configuração da culpa da administração pública na escolha e execução dos serviços públicos. Culpa pela escolha (*in eligendo*), já que a ela compete a seleção da melhor empresa a realizar o contrato e culpa pela própria omissão na fiscalização da execução do contrato (*in vigilando*), por deixar de observar o dever de acompanhar sua execução.

Não obstante esse entendimento, a constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93 era questionada. Para alguns<sup>11</sup>, sua inaplicabilidade violava a Súmula Vinculante nº10 do STF, segundo a qual viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte. Foi por meio da ADC 16 que o dispositivo questionado foi levado ao STF, sendo lamentavelmente considerado constitucional.

Ao tempo da ADC 16, não se afigurou invalidada a possibilidade de responsabilização por culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Ao contrário, os ministros

---

11 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº760.93. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. 5 jul. 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4434203>> Acesso em 15 jul. 2017

Cesar Peluzo e Ayres de Britto<sup>12</sup> declararam expressamente a possibilidade de responsabilização da Administração Pública em casos comprovados de conduta culposa. Houve discussão acerca da natureza da responsabilidade. Defendeu-se, inclusive, que a responsabilidade era objetiva, e decorria da regra inscrita no art. 37 parágrafo 6º da Constituição, por tratar-se de dano causado a terceiro pela Administração Pública por ato ilícito. Enfim, com a decisão da ADC 16 pelo STF, restou ao TST alterar o enunciado da Súmula 331, sendo inseridos os itens V e VI, *in verbis*:

V- Os entes integrantes da administração direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da lei nº 8666, 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 despeito de o TST ter adaptado a súmula ao entendimento consolidado na ADC 16, foi ajuizada reclamação nº 12.926 no STF contra a decisão do TRT da 9ª Região de responsabilizar subsidiariamente o município de Jaguapitã pelo débito trabalhista em que o ente falhou na fiscalização da execução do contrato. A reclamação foi julgada procedente monocraticamente pela ministra Carmem Lúcia que julgou serem diametralmente opostas as disposições da Súmula 331 e o que dispõe o art. 71 da lei de licitações e contratos. Interposto agravo regimental, manteve-se a decisão, por unanimidade<sup>13</sup>, pela procedência da reclamação, entre outros motivos, por não se sustentar o argumento de omissão da Administração Pública pois afronta a literalidade do art. 71 da lei 8.666/93, como dispôs a ministra relatora Carmem Lúcia:

---

12 Em dissertação de mestrado sobre o assunto, a autora transcreveu diversas passagens da sessão de julgamento da ADC 16, onde se pode conferir os argumentos dos ministros. Vide: LEITÃO, Tabata Gomes Macedo de. A terceirização no contexto de eficácia dos direitos fundamentais. 2012. Dissertação. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012. p.103-105

13 Ausentes os ministros Gilmar mendes, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio

“Na espécie vertente, a decisão impugnada foi proferida em 12.7.2011 (fl. 9, doc. 5); a ata do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, publicada em 3.12.2010. Portanto, ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a 1ª Turma do Tribunal especializado descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.”<sup>14</sup>

No mesmo julgado, aduz

“Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão Plenária de 24.11.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do referido dispositivo com a Constituição. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão agravada, e, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, levando em consideração a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16”.

Recentemente, no dia 30 de março de 2017, o colendo STF julgou por 6 votos a 5, em sede de Recurso Extraordinário (RE 760.931 / DF), com repercussão geral reconhecida, pelo não cabimento de responsabilização do ente público por dívidas trabalhistas contraídas por empresa contratada para prestação de serviços terceirizados. O recurso foi interposto pela Advocacia-Geral da União, contra acórdão do TST, que condenava subsidiariamente a União pela dívida trabalhista de empresa terceirizada. Alegou o TST que a responsabilidade subsidiária da administração pública decorre, nesse caso, da culpa *in vigilando*, prevista na Súmula 331, item V, o que é compatível com a decisão da ADC 16 pelo STF, uma vez que esta decisão gerou a alteração da súmula em 2011.

---

14 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº12.926. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. 11 nov. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4169520>> Acesso em 15 jul. 2017

Lamentavelmente, o Recurso Extraordinário provido foi desempatado pelo recém empossado ministro Alexandre de Moraes, indicado pelo presidente Michel Temer, retira da Administração Pública a responsabilidade subsidiária por dívidas trabalhistas de empresas terceirizadas. Restou vencida, assim, a tese proposta pela ministra relatora Rosa Weber no texto abaixo:

“Não fere o texto constitucional a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento, por parte da prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas, em caso de culpa comprovada, em relação aos deveres legais de acompanhamento e fiscalização do contrato de prestação de serviços, observados os princípios disciplinadores do ônus da prova”

Apesar de encerrado o julgamento, até a presente data não foi estabelecida a tese de repercussão geral, que será fixada em assentada posterior.

Por fim, foi aprovada no dia 22 de março de 2017 e sancionada a lei 13.429/17, então PL 4302 / 98, que regulamenta o trabalho terceirizado e temporário no país. Apesar de não ser uma norma específica para Administração Pública, como viemos até aqui analisando, não se pode prescindir de sua análise, já que vivemos sua recente autorização legislativa.

Em 1998, no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, foi enviado ao Congresso Nacional um projeto de lei, o então PL 4302/98, que alterava a lei de contratação temporária e que tinha por escopo acabar com as restrições à contratação do trabalho terceirizado.

Na gestão seguinte, ainda sem ter sido aprovado após 5 anos de tramitação, o PL 4302/98 foi retirado de pauta no governo do então presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Recentemente, o projeto aprovado pelo Senado em 2002 foi resgatado e colocado em debate na Câmara dos Deputados, levado à votação e, finalmente, aprovado por 231

votos a favor a 188 contra e 8 abstenções. O ponto fundamental do projeto consiste na autorização para a contratação de empresas terceirizadas para prestar qualquer atividade realizada por uma empresa, seja ela atividade-meio ou atividade-fim.

A empresa terceirizada fica responsável pela contratação, direção e remuneração dos trabalhadores e a empresa tomadora dos serviços é responsável subsidiariamente pelos encargos decorrentes das relações de trabalho – trabalhistas e previdenciárias - inadimplidas pela empresa prestadora, aquilo que falaciosamente julgam “dupla garantia ao trabalhador”. Quanto ao trabalho temporário, a inovação está no alargamento do prazo autorizado à contratação nessa modalidade, de três para seis meses, admitida uma prorrogação por mais 90 dias.

A aprovação do projeto de lei resgatado “na calada da noite” pelo poder legislativo e aprovado a toque de caixa pela Câmara dos Deputados está sendo objeto de discussão, em sede de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 5685), pelo partido político Rede de Sustentabilidade, proposta apenas dois dias após a publicação da lei 13.429/17. O feito foi distribuído ao ministro Gilmar Mendes, que determinou o apensamento das ADI 5686 e ADI 5687 àquela, para julgamento conjunto, por tratar-se de matéria idêntica e solicitou a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, o que não ocorreu até a presente data.

Não foram poucas as manifestações da sociedade civil e de associações de classe, de membros do judiciário trabalhista<sup>15</sup> e Ministério Público do Trabalho<sup>16</sup> contrárias à referida lei. O mérito dessas e de outras críticas será discutido nos capítulos subsequentes, já que o objetivo inicial do presente trabalho era trazer um breve

---

15 Jornal da ANAMATRA. Ano XIX. N° 179. Abril-Maio 2015. Disponível em <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24392/jornal-179.pdf>> Acesso em jun. 2017

16 JusBrasil. Disponível em <<https://anpt.jusbrasil.com.br/noticias/2936667/forum-nacional-de-combate-a-terceirizacao-e-lancado-com-a-participacao-da-anpt>> Acesso em 15 jun. 2017

panorama legal e jurisprudencial sobre a terceirização, mais detidamente sobre a terceirização na Administração Pública.

CAPÍTULO 2:  
TERCEIRIZAÇÃO: ORIGENS E IMPACTOS DE UMA PRÁTICA NOCIVA ÀS  
RELAÇÕES DE TRABALHO

*“Sem sombra de dúvida, a vontade do capitalista consiste em encher os bolsos, o mais que possa. E o que temos a fazer não é divagar acerca da sua vontade, mas investigar o seu poder, os limites desse poder e o caráter desses limites” (Karl Marx)*

1. O início do fim: a conjuntura de origem da terceirização

Inúmeros estudos de diferentes áreas acadêmicas (economia, engenharia de produção, sociologia, administração, direito) procuraram investigar o fenômeno da reestruturação produtiva global sob diferentes perspectivas de análise. Aos teóricos da engenharia de produção e da administração, coube a preocupação com a adaptação a novos métodos de produção que dessem conta do esgotamento do seu ciclo produtivo nos fins da década de 1960, de modo a dar uma resposta das organizações a um novo ambiente concorrencial. Seguindo uma abordagem técnica, os teóricos da administração diagnosticaram o cenário e reconheceram a necessidade de mudanças, numa perspectiva puramente estratégica:

“a sobrevivência delas [das organizações] estava em jogo. No final da era neoclássica surgiram várias técnicas de intervenção e abordagens inovadoras de mudanças organizacional. Algumas lentas e incrementais vindas da experiência japonesa (como a melhoria contínua e a qualidade total), outras pedagógicas, e baseadas no mercado (como o benchmarking) e outras rápidas e revolucionárias como a reação tipicamente americana (como a reengenharia). O filão está em oferecer soluções práticas e que atendam às emergências impostas pelas mudanças e transformações.”<sup>17</sup>

---

17 CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 6 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p.660

No direito e nas ciências sociais, também encontramos autores preocupados com esse fenômeno, mas sob o ponto de vista dos impactos sociais que essas transformações estavam produzindo. Alguns autores<sup>18</sup> dessas áreas lançaram-se inclusive sobre os áridos aspectos técnicos para demonstrar de que forma as relações de trabalho iriam se inserir a partir desse novo contexto. Aqui, abordaremos algumas dessas análises, buscando traçar um breve quadro do surgimento das técnicas de terceirização da mão de obra e de seus desdobramentos sobre as relações de trabalho. Analisaremos quais são os reais efeitos da terceirização sobre o ambiente de trabalho, sobre as relações entre trabalhadores, sobre a força sindical, as diferenças salariais entre outros efeitos. Será a partir desta análise que buscaremos responder à questão da compatibilidade entre as novas abordagens técnicas das organizações e os fins do Estado, a fim de compreender se aquelas devem ser transportadas para o ambiente estatal, o que será feito no próximo capítulo.

O modelo de produção fordista-taylorista, que vivenciou seu apogeu no segundo pós-guerra, começa a dar sinais de esgotamento a partir da década de 1960, o que levou o capital a buscar um amplo processo de reestruturação produtiva, baseado essencialmente na experiência japonesa do pós-guerra. Tal cenário de crise faz parte de um ciclo produtivo que se forma e se reforma com o desenvolver das organizações.

Quando se inicia uma nova forma de organizar a produção, as empresas mais fortes são capazes de contornar a tendência à queda das taxas de lucros. Elas alcançam maiores índices de lucros e conquistam maiores fatias de mercado, eliminando empresas que não as acompanham. As que sobrevivem, copiam os métodos de produção, de modo que, ao fim de certo tempo, estão todas no mesmo lugar, com um mercado a dividir. Talvez, nesse ponto, haja menos concorrentes a dividir o mercado, mas este permanece o mesmo e a concorrência por ele permanece a mesma, ou seja, a busca por novas tecnologias e formas de produção. Nessa fase do ciclo é que se verifica a tendência à

---

18 ANTUNES, Ricardo. **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil III**. Boitempo editorial. 2006.



queda das taxas de lucro. E é exatamente nessa fase do ciclo que o fordismo é superado pelo taylorismo, que também será superado mais tarde por outro sistema<sup>19</sup>.

Nesse contexto, busca-se uma estrutura produtiva mais flexível, baseada em uma organização comprometida com a redução dos custos da produção, isto é, com a redução de suas unidades produtivas, diminuição dos postos de trabalho e delegação de fases da produção para fora do ambiente organizacional (*outsourcing*), por meio de um processo de “enxugamento” das organizações, fenômeno conhecido como *downsizing*. O *outsourcing* ou terceirização se dá quando “uma operação interna da organização é transferida para outra organização que consiga fazê-la melhor e mais barato”<sup>20</sup>.

Os antigos departamentos ou unidades organizacionais foram sendo substituídas por organizações terceirizadas para dar às empresas uma estrutura mais enxuta, dotando-as de flexibilidade e agilidade. Os modernos manuais de administração de empresas elencam esse enxugamento como uma “nova visão de futuro” das organizações, conforme esclarece Chiavenato:

“A velocidade da mudança e os desafios do mundo globalizado estão conduzindo a um sentido de emergência quanto ao ajustamento e adaptabilidade das organizações, como condição para que sobrevivam no novo ambiente de negócios. Desde que o enfoque sistêmico substituiu os princípios universais clássicos e cartesianos em que se basearam as anteriores teorias administrativas, está havendo uma nova abordagem e uma nova visão do futuro das organizações. As tendências organizacionais no mundo moderno se caracterizam por (...) foco no negócio básico e essencial (core business) e consequente eliminação do acessório, supérfluo ou acidental. Programas de enxugamento e terceirização são realizados para eliminar as aparas e reorientar a organização para aquilo que realmente ela foi criada: seu negócio e seu cliente.”<sup>21</sup>

---

19 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. Revista LTr, São Paulo, v.70, n.11, p. 1307-1317. nov. 2006.

20 CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 6 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 667

21 *Op. Cit.* p.675-677

Além desses, outros vários métodos estão associados à reestruturação produtiva<sup>22</sup>, tais como reengenharia, *team work*, eliminação de postos de trabalho, aumento da produtividade, qualidade total, envolvimento, terceirização ampliada, ou seja, todo um conjunto de fatores que visam construir a empresa flexível.

O resultado que advém desses eventos para as relações de trabalho, no entanto, não tem o mesmo sentido positivo que aqueles alcançados pelo capital. Como consequência de todo esse processo, se observa uma tendência à corrosão de direitos trabalhistas e precarização das relações de trabalho, que assumem uma tendência mais informal do que no período anterior. A informalidade aqui não deve ser vista como sinônimo de precarização, mas dadas as suas circunstâncias, lega ao trabalhador um desamparo que conduz a uma realidade de precarização. Nesse cenário, devemos traçar considerações sobre os efeitos específicos da terceirização no âmbito das relações de trabalho.

## 2. Terceirização e a erosão de direitos: a perversa realidade

Conforme já foi esboçado acima, a terceirização é um fenômeno que surge no contexto da reestruturação produtiva, de modo que atividades que não são principais em uma determinada organização são repassadas para outras empresas, a fim de que a organização se concentre na principal atividade (*core business*) a que se destina. Ressalva-se ainda que a terceirização pode se dar dentro das instalações da empresa, sendo realizada com autonomia por uma empresa especializada<sup>23</sup>, constituindo tal

---

22 ANTUNES, R; DRUCK, G. A epidemia da terceirização. In ANTUNES, R. (org), **Riqueza e Miséria do Trabalho**, vol III. São Paulo: Ed. Boitempo, 2014. P. 15. Nesse trabalho, elencou as principais diferenças entre o Fordismo e o Taylorismo.

23 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.59

autonomia um pilar fundamental para caracterização da verdadeira terceirização. Verifica-se, dessa forma, que “o mote da terceirização é o repasse de serviços ou atividades especializadas para empresas que detenham melhores condições técnicas de realizá-las. É técnica de administração e não de gestão de pessoal”<sup>24</sup>.

Nesse contexto, a terceirização se tornou uma verdadeira epidemia<sup>25</sup> no Brasil atingindo todos os setores – indústria, agricultura, serviços –, inclusive o serviço público, seja nas atividades-meio, como também nas atividades fim. O trabalho terceirizado oferece condições de trabalho e salários que os distanciam dos chamados trabalhadores diretos da empresa tomadora, constituindo-se em uma verdadeira discriminação, seja por parte do empregador, seja por parte dos próprios trabalhadores. A alcunha de “terceirizados” dá aos trabalhadores um estigma daquele que está de fora, que não pertence ao meio de trabalho em que está inserido e a discriminação não para por aí.

Frequentemente, os empregados subcontratados recebem tratamento distinto seja na realização de treinamentos (menos comuns entre os terceirizados), seja na circulação limitada pelos espaços da empresa; na criação de espaços próprios para os “terceiros” (fragmentação subjetiva<sup>26</sup> dos trabalhadores); na jornada de trabalho mais extensa e nos salários mais baixos; na maior rotatividade de trabalhadores ou na exposição aos riscos do trabalho, por falta de treinamento, equipamento e segurança; entre outras distinções. Neste último aspecto, a precarização se revela ainda mais evidente, se tomarmos por base os percentuais de acidentes de trabalho sofridos por empregados terceirizados, em relação aos seus colegas diretamente contratados.

---

24 *Op. Cit.* p. 59

25 Termo usado com frequência por Maria da Graça Druck

26 SILVA, Sayonara Grillo. A terceirização e o papel dos tribunais no controle das práticas de precarização do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho do TRT9**, v. 4, n°35, p. 51-68, 2014.

Acidentes e doenças ocupacionais, entre outras razões, são resultados da alta rotatividade dos contratos de trabalho típicos da terceirização, uma vez que não há acompanhamento próprio para se estabelecer o nexo entre o ambiente de trabalho e a doença ocupacional, já que os trabalhadores mudam de uma empresa pra outra em curto espaço de tempo<sup>27</sup>.

Não obstante a discriminação quanto às condições de trabalho e salário, a separação entre trabalhadores diretos e terceirizados conduz uma grave consequência para a mobilização coletiva. Se consideramos que, em determinado ambiente de trabalho, é possível diferenciar trabalhadores que realizam a mesma atividade, mas que se subordinam a empregadores diferentes, teremos como consequência a falta de identidade entre eles, como uma barreira abstrata que os separa. No dia a dia, os vínculos que se estabelecem entre trabalhadores que se identificam entre si (que almoçam no mesmo ambiente, saem no mesmo horário, etc) se esfumam na medida em que essas identidades são repartidas entre diferentes categorias de trabalhadores, subordinados a regras diferentes. E isso ocorre em maior grau quando se verifica a alta rotatividade de contratos firmados com múltiplas empresas terceirizadas. Não bastasse isso, essa consequência é ainda mais grave se tomarmos como resultado a fragmentação sindical que dela deriva. Como bem alertou Antunes, trata-se de

“um apartheid que tem implicação direta na potencialidade da ação coletiva e sindical, como um outro campo de trabalho, à medida que a terceirização impõe uma pulverização dos sindicatos – muitas vezes, numa mesma empresa, os diferentes setores terceirizados, como limpeza, vigilância, alimentação, manutenção, etc, congregam trabalhadores enquadrados e representados por diferentes sindicatos.”

<sup>28</sup>

A ampliação de postos de trabalho oferecidos por empresas terceirizadas gerou contratações com condições de trabalho inferiores àqueles existentes antes da adoção

27 ANTUNES, R; DRUCK, G. A epidemia da terceirização. In ANTUNES, R. (org), **Riqueza e Miséria do Trabalho**, vol III. São Paulo: Ed. Boitempo, 2014

28 ANTUNES, R; DRUCK, G. A epidemia da terceirização. In ANTUNES, R. (org), **Riqueza e Miséria do Trabalho**, vol III. São Paulo: Ed. Boitempo, 2014, p.18.

desse sistema de subcontratação. Ela estimulou a concentração de empregos na escala mais baixa da pirâmide social, com impacto no mercado de trabalho, consistindo em importante elemento de reforma trabalhista que reafirma a reprodução da desigualdade no mercado de trabalho<sup>29</sup>: “o avanço da terceirização, sobretudo de forma desregulada, reforça ainda mais o movimento natural de produção e reprodução da desigualdade e rebaixamento das condições e relações de trabalho difundido pela dinâmica de competição capitalista.”<sup>30</sup>

Além disso, merece maior atenção as regras sobre responsabilização pelos encargos sociais e trabalhistas desses terceirizados. Como dito acima, a terceirização não é fenômeno jurídico, mas sim método criado pelas organizações em um contexto de crise para se readaptarem a um ambiente concorrencial esgotado pelas técnicas de produção fordistas. Apesar disso, foi necessário que o direito – sobretudo o direito do trabalho – desse conta dessa nova realidade, de modo a resguardar aos trabalhadores o mesmo patamar protetivo que se vem construindo desde o início do século XX. Contudo, a criatividade empresarial e legislativa para driblar essas garantias não tem limites.

Fenômeno interessante observado por Lênio Streck e sublinhado por Renato Muçouçah, revela como as garantias e direitos dos trabalhadores foram sendo corroídos sem que um direito trabalhista fosse revogado, conforme salientou: “pode-se afirmar que certas instituições não são necessariamente revogadas, mas esvaziadas em seu conteúdo.(...) Os direitos do trabalhador – sejam eles remuneratórios, de aperfeiçoamento profissional, de proteção à sua saúde ou ao fortalecimento de seus interesses coletivos, representados no ente sindical – podem restar intocados na

---

29 POCHMAN, 2014 Apud SILVA, Sayonara Grillo. A terceirização e o papel dos tribunais no controle das práticas de precarização do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho do TRT9**, v. 4, n°35, p. 51-68, 2014

30 *Op. Cit*

Constituição, mas esvaziados em conteúdo.”<sup>31</sup> Ora, é exatamente o que se percebe na retórica parlamentar em defesa da terceirização.

Como dito acima, a terceirização seguiu-se de um rol de mecanismos legislativos que apreendessem o real sentido da subcontratação: a redução dos inconvenientes encargos sociais, do custo da mão de obra, da responsabilidade por custos decorrentes de acidentes de trabalho, entre outros. Nessa esteira, seguiram-se a utilização de diversas formas de subcontratação, tais como as cooperativas, a pejetização (nas palavras de Antunes, “a empresa do eu sozinho”), e, finalmente, as empresas prestadoras de serviços, com o objetivo de atribuir a outrem a responsabilidade pelos encargos sociais e trabalhistas dos empregados. Aqui, nos cabe fazer a fundamental distinção entre terceirização e a simples contratação de mão de obra por empresa interposta.

O direito trabalhista brasileiro veda a contratação de mão de obra por empresa interposta. No entanto, frequentemente, a interposição vem disfarçada de terceirização, de modo que a atividade contratada, que deveria ser realizada com autonomia pela empresa prestadora de serviços, é na realidade dirigida pela empresa tomadora, descaracterizando a terceirização. Em sua dissertação, Rodrigo Carelli faz a importante distinção entre essas duas modalidades de subcontratação e elenca um feixe de indícios demonstradores da mão de obra interposta, quais sejam: a organização do trabalho pela empresa contratante, a falta de especialidade da empresa contratada, detenção de meios materiais para a realização dos serviços, realização da atividade permanente da tomadora dentro de seu estabelecimento, fiscalização do contrato pela tomadora, ordens e orientações procedimentais dadas pela tomadora, prevalência do trabalho humano, remuneração do contrato baseada em número de trabalhadores, prestação de serviços a uma única tomadora, realização subsequente de um mesmo serviço, com empresas diferentes mas com os mesmos trabalhadores entre outros.<sup>32</sup>

---

31 MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. Considerações acerca dos projetos de lei sobre terceirização no Brasil e a experiência jurídica estrangeira. **Revista de informação legislativa**. 2017

A proliferação de empresas terceirizadas, tal qual uma verdadeira epidemia<sup>33</sup>, trouxe outros inúmeros prejuízos aos trabalhadores subcontratados. Muitos são os trabalhos acadêmicos que investigam a situação de precariedade a que se submetem esses trabalhadores, em especial aqueles realizados na indústria elétrica e petroquímica. Há pesquisas empíricas com dados alarmantes sobre a terceirização. Em estudo realizado na Bahia, sobre o polo petroquímico de Camaçari, Maria da Graça Druck revela que a terceirização atingiu todas as áreas da empresa, chegando a superar o número de trabalhadores contratados diretamente pela empresa<sup>34</sup>. E o mais grave: o salário do empregado subcontratado chega a ser de 1,4 a 5 vezes menor do que o trabalhador direto.

No mesmo sentido, tais pesquisas evidenciam, ainda, que os trabalhadores terceirizados estão mais expostos a riscos de acidente e doenças do trabalho. Neste particular, é alarmante a diferença entre o número de terceirizados acidentados em relação aos seus colegas diretamente contratados. Em importante pesquisa, o Dieese-CUT concluiu que a taxa de mortalidade média de trabalhadores diretos foi de 15,06, contra 55,53 dos terceirizados.

Essa lamentável realidade decorre, em grande medida, do enfraquecimento do poder negocial dos sindicatos na luta por melhores condições de trabalho, entre as quais estão as garantias de segurança e saúde do trabalho. O esfarelamento das classes trabalhadoras e a multiplicação dos sindicatos conduzem a uma realidade de enfraquecimento da força de pressão diante dos empregadores, dada a sua reduzida representatividade. No caso das cooperativas isso é ainda mais grave, já que estas sequer têm representatividade sindical.

---

32 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P.93-94

33 ANTUNES, R; DRUCK, G. A epidemia da terceirização. In ANTUNES, R. (org), **Riqueza e Miséria do Trabalho**, vol III. São Paulo: Ed. Boitempo, 2014

34 *Op. Cit.* p.19

O ideal de empresa flexível e enxuta carrega em si a exigência por altos níveis de produtividade e redução dos custos com o trabalho. O novo paradigma reafirma a condição do trabalho como mercadoria “subordinando os trabalhadores a uma lógica em que a flexibilidade, o descarte e a superfluidade são fatores determinantes para um grau de instabilidade e segurança no trabalho como nunca antes alcançado”<sup>35</sup>. Dados do Dieese confirmam esses atributos.

Em nota técnica sobre a terceirização e precarização das relações de trabalho<sup>36</sup>, foram contabilizados os vínculos de trabalho ativos e rompidos entre trabalhadores terceirizados e diretamente contratados. Em 2014, a cada 100 vínculos ativos das atividades contratantes, pouco mais de 40 foram rompidos. Por sua vez, entre os vínculos ativos das atividades terceirizadas, a cada 100 vínculos ativos, 80 vínculos foram rompidos, revelando a alta rotatividade dos vínculos nas atividades tipicamente terceirizadas.

Essa alta rotatividade da mão de obra descortina um problema grave no mercado de trabalho brasileiro. O trabalhador terceirizado vive a angústia diária da instabilidade no emprego, emendando muitas vezes um vínculo no outro sem sequer gozar férias. Quando demitido, vê-se obrigado a aceitar empregos com patamar salarial inferior, renuncia a benefícios e se submete a condições piores de trabalho em razão do receio constante do desemprego. No mesmo estudo, o Dieese aponta que a média de duração dos contratos de trabalho terceirizados são de 2 anos e 10 meses, ao passo que a média dos contratos diretos é de 5 anos e 10 meses, mais do que o dobro<sup>37</sup>.

---

35 ANTUNES, R; DRUCK, G. A epidemia da terceirização. In ANTUNES, R. (org), **Riqueza e Miséria do Trabalho**, vol III. São Paulo: Ed. Boitempo, 2014 p. 17

36 Nota técnica nº 172. Terceirização e precarização das relações de trabalho. DIEESE. 2017. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>> Acesso em 15 jun. 2017

37 *Op. Cit.*



Igualmente dissonantes são as remunerações pagas aos trabalhadores terceirizados. De 2007 a 2014, a média da diferença entre elas estava entre 23% e 27%. Em valores, a remuneração média dos contratados diretos era de R\$2.639, enquanto os terceirizados recebiam em média R\$2.021. O estudo conclui ainda que há maior concentração relativa de vínculos com baixa remuneração média entre os terceirizados. Já a jornada de trabalho apurada também revelou diferenças sensíveis entre as duas modalidades contratuais. Enquanto 61,6% dos empregados diretos trabalham em média de 41 a 44 horas semanas, 86,9% dos terceirizados trabalham nessa mesma média.

Esses e outros dados comprovam a gravidade do cenário que a terceirização carrega consigo. Sob a justificativa de modernização, concentração e especialização, as empresas constituem uma nova forma de relação entre capital e trabalho que tem por objetivo a dilapidação dos direitos sociais e o rebaixamento salarial, de modo a fazer com que o trabalhador pague o ônus maior da crise<sup>38</sup>. Como bem conclui Antunes

“E a terceirização vem se constituindo enquanto elemento de centralidade na estratégia empresarial, uma vez que as relações sociais estabelecidas entre capital e trabalho são disfarçadas em relações inter empresas, baseadas em contratos por tempo determinado, flexíveis, de acordo com os ritmos produtivos das empresas contratantes que desestruturam ainda mais a classe trabalhadora, seu tempo de trabalho e de vida, seus direitos etc.”<sup>39</sup>

Diante do que foi aqui discutido, insiste-se que a terceirização se constitui em técnica empresarial que surge em um contexto de reestruturação das formas de produção, sob a forma de redução das relações de trabalho no âmbito das organizações e volatilidade de contratos de trabalho com empresas terceirizadas com objetivo de

---

38 ANTUNES, Ricardo. A sociedade da terceirização total. **Revista da ABET**, v. 14, n. 1, Janeiro a Junho de 2015

39 *Op.Cit.*

reduzir custos e aumentar lucros. Ciente de que este é o fim mais significativo da terceirização – a maximização de lucros – como compatibilizá-la com a atuação do Estado na prestação de serviços públicos, diretamente ou por meio entes delegados? No capítulo que se segue, partiremos dessa premissa para discutir as inúmeras violações de direitos sociais que subjazem a esse novo paradigma e discutir o papel do Estado como agente ativo da precarização das relações de trabalho.

## CAPÍTULO 3:

O ESTADO COMO AGENTE DA PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE  
TRABALHO

*E agora, José?  
A festa acabou,  
a luz apagou,  
o povo sumiu,  
a noite esfriou,  
e agora, José?*

*(Carlos Drummond de Andrade)*

Muitos são os estudos e as fontes de dados que comprovam os efeitos lesivos da terceirização sobre as relações de trabalho, entre eles a alta rotatividade dos vínculos de emprego, a desagregação dos trabalhadores, o elevado percentual de acidentes, os salários inferiores, a maior carga horária de trabalho, a discriminação, entre outros efeitos. Diante desta realidade, como admitir que esta prática, reconhecidamente lesiva, seja transportada para o âmbito do Estado? Como admitir que o Estado, guardião dos direitos e garantias fundamentais, seja ele próprio o agente que reproduz a dinâmica de exploração gestada dentro das relações capitalistas de produção, cujo objetivo precípua é a maximização dos lucros?

Para além do contrassenso que essa realidade representa, é preciso discutir também a vantagem de que se vale o Estado para elidir sua responsabilidade por eventual descumprimento contratual de empresas terceirizadas perante seus trabalhadores, prevista no §1º do artigo 71 da lei 8666/93. A questão que se coloca aqui é por que razão o Estado pode ter um tratamento diferenciado em relação ao particular, no que toca a responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelas prestadoras de serviços? O que justifica que o Estado, enquanto parte de uma relação contratual regida por normas de direito privado, se valha de uma “imunidade” que não se estende aos particulares que se encontram em situação idêntica?

1. A constitucionalidade duvidosa da terceirização no âmbito da Administração Pública e a regra do concurso público

Conforme definimos anteriormente, a terceirização é técnica por meio da qual se delega a terceiro atividades especializadas, de forma que a empresa principal se concentre em sua principal atividade, reduzindo-se custos e, supostamente, elevando a qualidade dos produtos e serviços. Não se confunde, pois, com contratação de mão de obra por empresa interposta, esta última, podendo ser identificada por três indícios fundamentais: “a gestão do trabalho pela tomadora de serviços, especialização da prestadora de serviços e a prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços”<sup>40</sup>. Considerando essas definições, verifica-se que as contratações realizadas para prestação de serviços no âmbito da Administração Pública raramente se conformam com a definição de terceirização.

Ora, se tomarmos como exemplo algumas atividades subcontratadas pelo Estado, encontraremos serviços de limpeza, ascensoristas, motoristas, recepcionistas, secretárias, técnicos de enfermagem, isto é, atividades que não se enquadram na definição de serviços especializados que justifiquem a delegação a terceiros. Não se trata, aqui, de delegação de serviços cuja prestação requeira um cabedal de insumos próprios de um ramo técnico específico, que ofereça à administração uma prestação diferenciada que não poderia ser prestada por seus próprios servidores. São atividades simples do cotidiano da Administração Pública, relacionadas – ou de suporte – aos fins a que se destinam os entes, que poderiam ser prestadas diretamente pela administração. Assim, a terceirização que se percebe no âmbito do Estado está mais associada à contratação de mão de obra por meio de empresa interposta, prática que é vedada pela súmula 331 do TST, do que à terceirização, nos moldes como os teóricos da administração a concebem.

---

40 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.94

Além disso, se a terceirização se serve a elevar a qualidade dos produtos no campo da produção, o que justificaria sua aplicação na esfera de atividades do Estado, que está fora da lógica das atividades econômicas, cujos objetivos são a redução de custos, elevação da qualidade dos produtos e, sobretudo, o lucro? No mesmo sentido, nos informa Souto Maior

Vale reparar, ademais, que a subcontratação, no sistema toyotista, é feita com base na busca de melhoria da produção, o que se dá, portanto, em nível de reforço do modelo produtivo. Assim, a mera execução de uma tarefa, alheia à produção, se por contratação direta ou por empresa interposta, que serve somente para o fim de redução do custo daquela mão-de obra, sem implicação alguma na capacidade produtiva, sequer tem a ver com o modelo toyota de produção ou qualquer outro. Trata-se, unicamente, de técnica que potencializa a exploração da mão-de-obra. O que se desenvolveu no Brasil, portanto, em termos de “terceirização” foi apenas uma “intermediação de mão-de-obra”, que não está ligada a técnica alguma de produção.

Ora, se considerarmos que a subcontratação que se pratica no setor público se destina à redução do custo da mão de obra, já que não há qualquer especificidade técnica que justifique a sua contratação, o que se verifica é que a redução do custo recairá necessariamente sobre o valor do trabalho contratado. A conta é simples<sup>41</sup>: se há uma empresa interposta entre o tomador e o trabalhador, o valor pago pelos serviços contratados será em parte retido pela empresa interposta. A empresa, que não realiza qualquer atividade produtiva, lucra com a venda da força de trabalho de outra pessoa e repassa parte do que foi pago pela empresa tomadora aos trabalhadores, lucrando com a retenção de parte desse valor, como se a força de trabalho humano fosse uma mercadoria. Carelli ilustra de forma simples e clara essa conta:

“E as razões desse sentimento de abjeção pela intermediação de mão de obra não tem razões somente filosóficas, mas sim de ordem prática, de cunho econômico, de raciocínio lógico óbvio, quase aritmético de tão simples. Se eu compro uma mercadoria diretamente de um produtor por R\$ 1.000,00, ele fica com R\$ 1.000,00. Se eu, ao contrário, comprar uma mercadoria com um intermediário que vise ao lucro, é impossível que o produtor fique com R\$ 1.000,00 se eu,

---

41 CARELLI, Rodrigo de Lacerda . A Terceirização no Século XXI. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** , v. 79, p. 232, 2014.

comprador, me dispuser a pagar somente esse valor. Isso só vai acontecer se eu pagar o valor da intermediação, pois ninguém exerce gratuitamente uma atividade. Assim, a intermediação torna a mercadoria mais cara, a menos que o produtor receba menos por seu artigo de comércio.”<sup>42</sup>

A vantagem dessa subcontratação é conhecida e já foi anteriormente explicitada: a atribuição da responsabilidade pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho a um terceiro. Dessa forma, conclui-se que o poder público se vale da força de trabalho de pessoas contratadas por meio de empresa interposta, de modo que não recaia sobre si, a priori, a responsabilidade por obrigações trabalhistas desses empregados. Disso decorre que o Estado, quando se vale desse recurso para redução de custos e reconhecendo os graves efeitos desse expediente, age contrariando o sentido de ser do próprio Estado, como instituidor e protetor dos direitos fundamentais.

Se por um lado as empresas privadas estão voltadas para a maximização dos lucros e dos interesses dos acionistas, a Administração Pública deve voltar seus esforços para o cumprimento do interesse público que, nesse caso, relaciona-se direta e necessariamente com a proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados pelo nosso ordenamento jurídico. Retirar esses direitos dos trabalhadores terceirizados significa desacolher o interesse de todos os trabalhadores e, conseqüentemente, violar o interesse público cuja proteção é dever do Estado.

Uma vez reconhecidos os efeitos perversos da contratação por meio de empresa interposta – ou por meio de “terceirização de mão de obra” – não se pode admitir que o ente público dela se valha, como se o Estado se destinasse aos mesmos fins que as grandes corporações. Souto Maior aduz que

“a redução de custo é imoral, pois o custo é reduzido a partir da perspectiva do direito daquele que presta serviço. Ora, o direito da sociedade de se fazer valer dos serviços do Estado não pode ser concretizado por meio da diminuição dos direitos do trabalhador, pois

---

42 CARELLI, Rodrigo de Lacerda . O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** , v. 80, p. 239-256, 2014.

isto seria o mesmo que excluí-lo da condição de membro dessa mesma sociedade, ou colocá-lo em uma situação de subcidadania.”<sup>43</sup>

A contratação de mão de obra para prestação de serviços para a Administração Pública, em regra, deve ser feita por meio de concurso público, nos termos do artigo 37, incisos I e II da Constituição. A administração não pode contratar trabalhador por empresa interposta, pois o contrato assume a forma de fornecimento de mão de obra, o que viola a disposição constitucional sobre a exigência de concurso público.

Há casos<sup>44</sup> denunciados nos Tribunais de Contas em que a administração pública realiza procedimento licitatório para contratação de empresas que ofereçam serviços que incluam auxiliares e técnicos de enfermagem, assistente administrativo, auxiliar administrador, nutricionista, médico coordenador entre outras inúmeras atividades com violação explícita ao dispositivo constitucional que exige a realização de concurso público.

A Constituição de 1988 foi taxativa quanto ao acesso aos cargos, empregos e funções públicas. Dispõe o art. 37, incisos I e II da CF: 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: os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; 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.

---

43 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. Revista LTr, São Paulo, v.70, n.11, p. 1307-1317. nov. 2006

44 OLIVEIRA, José Carlos de. Terceirização na Administração Pública. 2013.

Os requisitos estabelecidos pela Constituição de 1988 para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas atendem aos interesses de um modelo de gestão pública que reage a um histórico marcado pelo ranço patrimonialista que marcou a administração pública brasileira. Com esse modelo, a administração busca a impessoalidade, o formalismo, a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional e a racionalidade no uso dos recursos públicos de forma a evitar a corrupção e o nepotismo.

Alguns administrativistas explicam essa tendência à burocratização, pois parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por essa razão, se estabelecem controles rígidos dos processos, como por exemplo na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas<sup>45</sup>, de modo que a margem de liberdade da Administração nesses expedientes seja limitada pela lei, para conter eventuais abusos, como loteamento de cargos e favorecimento a determinadas empresas.

A principal qualidade desse modelo administrativo burocrático é a efetividade no controle dos abusos. Ora, se o objetivo dessa rigidez administrativa reinserida pela Carta constitucional é justamente evitar a confusão entre público e privado de modo a elidir, entre outros abusos, a contratação desenfreada de qualquer tipo de serviço para atender às necessidades de mão de obra, conclui-se que a Constituição optou por refrear o movimento de desburocratização<sup>46</sup> do Estado que vinha desde a década de 1960, por advento da reforma administrativa promovida pelo Decreto-lei 200/67.

A tendência à implementação de uma administração no modelo gerencial, na década de 1960, tinha por objetivo impor maior ênfase nos resultados promovidos pelo serviço público, e não na rigidez dos processos, como fazia a administração burocrática.

---

45 CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 2 Ed. São Paulo: Elsevier, 2006. p 106

46 *Op. Cit.*. p.111



Nessa esteira, o Decreto-lei 200 /67 veio com o objetivo de flexibilizar<sup>47</sup> a atuação da Administração Pública, transferindo-se atividades da administração direta para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional.

Esse processo, contudo, foi contido pela Constituição de 1988, podendo-se atribuir essa contenção, em alguma medida, aos abusos cometidos com fundamento no Decreto-lei 200 / 67. Um exemplo disso era a excessiva autonomia das empresas estatais, fundações e autarquias, onde não havia a exigência de processo seletivo público para admissão de pessoal<sup>48</sup>.

O que se quer dizer com isso é que a Constituição de 1988 restabeleceu um modelo de administração comprometido<sup>49</sup> com uma certa rigidez no acesso ao serviço público o que a incompatibiliza com os meios de contratação de pessoal previstos no Decreto-lei 200 / 67. A contratação de pessoal com fundamento na flexibilidade concedida por esse dispositivo não se concilia com os princípios propostos na Constituição sobre a exigência de concurso público. No mesmo sentido, Souto Maior aduz ser inarredável a regra da exigência de concurso público:

“se um ente público pudesse contratar qualquer trabalhador para lhe prestar serviços por meio de uma empresa interposta se teria como efeito a ineficácia plena dos incisos I e II [do art. 37], pois que ficaria na conveniência do administrador a escolha entre abrir o concurso ou contratar uma empresa para tanto, a qual se incumbiria de escolher, livremente, a partir dos postulados jurídicos de direito privado, as pessoas que executariam tais serviços.”<sup>50</sup>

---

47 *Op. Cit.* p. 110

48 CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 2 Ed. São Paulo: Elsevier. 2006 p. 111

49 *Op. Cit.* p.111

50 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. Revista LTr, São Paulo, v.70, n.11, p. 1307-1317. nov. 2006

2. A incompatibilidade da terceirização com os valores constitucionais dos direitos e garantias fundamentais

Para além dos limites constitucionais impostos à contratação de pessoal, a realidade das relações de trabalho constituídas pela terceirização se revela incompatível com os princípios elencados na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos. A se considerar os efeitos perversos já aqui enumerados, a subcontratação de trabalhadores não pode ser admitida nem no âmbito privado, nem no âmbito público, quando não atendam ao fim específico de realização de uma atividade especializada, que não pode ser prestada diretamente pela empresa contratante.

Nesse sentido, tomaremos alguns preceitos constitucionais que se mostram inconciliáveis com a prática da terceirização. Além disso, é fundamental destacar que a despeito de uma tentativa de adaptação do direito do trabalho às tais “modernas técnicas de produção”, por meio da regulamentação da terceirização, são os direitos fundamentais que devem ser observados como orientadores das normas aplicáveis às relações de trabalho. Ou seja, qualquer “nova técnica” de gestão de mão de obra deve ser necessariamente orientada à luz dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, foi promulgada em um contexto de restauração democrática e estabeleceu um forte sistema de proteção<sup>51</sup> ao cidadão, elencando um rol de direitos e garantias fundamentais, sejam na forma de regras, sejam na forma de princípios. A nova Constituição buscou dar limites ao poder econômico, por meio de princípios que promovem a função social da propriedade e da empresa. Além disso, podemos enumerar um rol extenso de dispositivos constitucionais que visam resguardar e promover os direitos fundamentais.

---

51 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15ª. Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 129

No título I, que dispõe sobre os princípios fundamentais da República, estabelece o artigo 1º que 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 a dignidade da pessoa humana (inciso III); o artigo 3º aduz que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu inciso IV, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No título II, em que se insere um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º dispõe que “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”, e entre eles, que “lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (inciso XLI); o artigo 7º e seu extenso rol de direitos dos trabalhadores dispõe que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII).

Além desses, no título referente à ordem econômica e financeira, no capítulo primeiro, sobre os princípios da atividade econômica, a Constituição estabeleceu, em seu artigo 170, que 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, entre seus princípios, a função social da propriedade. A eventual justificativa fundada nos princípios da livre iniciativa e da propriedade como parâmetros de autorização para terceirização não podem invocados diante da vontade constitucional de limitar a ordem econômica por valores sociais, como a valorização do trabalho e a função social da empresa. Vale dizer, na lição de José Afonso da Silva, que

(...) embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).<sup>52</sup>

Não se admite, portanto, uma leitura restritiva<sup>53</sup> da Constituição que obscureça os princípios que asseguram a proteção da dignidade do trabalhador. O dispositivo em comento destacou que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, da mesma forma que o artigo primeiro da Constituição elevou a fundamento da República os valores sociais do trabalho deixando clara a intenção do constituinte em preservar o trabalho como um valor fundamental.

Também se inscreve na Carta constitucional, entre os direitos e garantias fundamentais, que a propriedade deverá cumprir a sua função social (artigoº 5, inciso XXIII). A função social da propriedade, dotada de dimensão individual e coletiva, é princípio segundo o qual a propriedade só se legitima quando dirigida para a concretização da justiça social. Neste particular, se balizarmos o princípio no âmbito das relações entre capital e trabalho (no binômio força de trabalho e meios de produção), deve-se considerar que essa propriedade deve ser lida à luz de sua função social, mas principalmente, de sua função social ativa, isto é, um poder-dever, um condicionamento do poder a uma finalidade<sup>54</sup>. Por essa razão, a função social da propriedade (em especial, dos meios de produção) impõe ao empresário o dever de exercê-lo não apenas

---

52 SILVA, Jose Afonso da. 2007 Apud. LEITÃO, Tabata Gomes Macedo de. A terceirização no contexto de eficácia dos direitos fundamentais. 2012. Dissertação. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012

53 CARELLI, Rodrigo de Lacerda . O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** , v. 80, p. 239-256, 2014.

54 LEITÃO, Tabata Gomes Macedo de. A terceirização no contexto de eficácia dos direitos fundamentais. 2012. Dissertação. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012. p.72

para o atendimento de suas próprias necessidades (entre elas, o lucro legítimo), mas também em benefício de outrem, ou da coletividade.

Além disso, destaca-se como direito fundamental inscrito na Constituição de 1988 o princípio do não retrocesso social. Dispõe o artigo 5º, § 2º que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrente do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O que quer a Constituição com isso é que, atingido um certo patamar de concretização de uma norma constitucional que enuncia um direito social, não será facultado ao legislador infraconstitucional suprimir ou reduzir essa concretização. Ou seja, pugna a constituição pela vedação ao retrocesso e pela melhoria das condições de vida da classe trabalhadora, como decorrência do princípio da dignidade humana.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 7º caput da Carta constitucional: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.” Ao dispor o constituinte que os direitos dos trabalhadores devem visar à melhoria da condição social do trabalhador, quis ele dizer que o legislador infraconstitucional não pode estabelecer direitos inferiores aos já conquistados até o presente, sob o risco de retrocesso social. Nesse sentido, “o princípio em debate traça necessariamente o caráter de progresso como condição às legislações infraconstitucionais, sejam elas futuras, ou as que tenham sido recepcionadas pela Constituição de 1988”.<sup>55</sup>

À luz dos dispositivos elencados, é imperioso destacar que a interpretação das normas constitucionais deve ser feita de forma sistemática, servindo como normas orientadoras da produção normativa infraconstitucional e da atividade jurisdicional levada a cabo pelo poder judiciário. Dito isso, em um contexto normativo que se pretende garantir a efetividade dos direitos dos trabalhadores, por meio da inserção

---

55 LEITÃO, Tabata Gomes Macedo de. A terceirização no contexto de eficácia dos direitos fundamentais. 2012. Dissertação. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012 p.84

dessas normas no título II, “dos direitos e garantias fundamentais”, não se pode admitir que normas infraconstitucionais instituíam formas de trabalho que violem comprovada e sistematicamente os direitos fundamentais.

Ora, se se dispõe de tantos dados, estudos e pesquisas que exaustivamente já demonstraram os efeitos erosivos da terceirização sobre os direitos trabalhistas, a sua regulamentação infraconstitucional representa uma afronta aos direitos conquistados ao longo de anos de lutas.

Diante disso, se não se tolera a terceirização no âmbito das relações de trabalho estabelecidas na esfera privada, ou seja, nas atividades econômicas desenvolvidas pelo capital, muito menos se pode tolerar na esfera das atividades desenvolvidas pelos entes públicos. Se o papel do Estado é instituir e proteger os direitos fundamentais, a sua renúncia a esse papel deixa desprotegido todo o ordenamento jurídico e o próprio Estado de Direito. Admitir a prática da terceirização pela atuação comissiva do Estado é aceitar que esse mesmo Estado se despoje da sua própria razão de ser, e pior o faz quando sequer reconhece a sua responsabilidade em situações de desamparo do empregado diante de sua contratante. No mesmo sentido, Souto Maior atenta que

“O mais grave disso é que, como previa Montesquieu, quando o poder não limita o poder, tem-se a negação do Estado democrático de direito e atrás do pressuposto estabelecido de que o Estado não deve respeito à Constituição vem a derrocada de uma gama enorme de direitos, tanto sociais quanto individuais. Portanto, cabe a todos que compõem à sociedade, sobretudo aos sindicatos de servidores e as pessoas ligadas ao mundo jurídico, exigir que o Estado respeite a Constituição, mesmo que isto se faça para a defesa do direito de outras pessoas, abstratamente consideradas, pois, do contrário, mais tarde, não se terá o argumento da constitucionalidade para se proteger de alguma agressão aos direitos fundamentais. Em outras palavras, mais diretas, se o Estado não precisa respeitar a Constituição com relação aos seus servidores (“terceirizados”), por que precisará fazê-lo com relação a cada um de nós?”<sup>56</sup>

---

56 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. Revista LTr, São Paulo, v.70, n.11, p. 1307-1317. nov. 2006

Ora, o que dizer então de um Estado que, legislativamente, tenta se imunizar da responsabilidade subsidiária por descumprimento das obrigações trabalhistas por parte das prestadoras de serviço contratadas por esse mesmo Estado, quando até mesmo entre os entes privados há previsão de responsabilização subsidiária? Nesse caso, o absurdo jurídico resta mais evidente.

O §1º do artigo 71 da lei 8666 / 93 tentou emplacar a regra de que 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. A isenção é tão absurda que a discussão sobre o dispositivo foi parar no STF, por meio da ADC 16, em que se questionava sua constitucionalidade. Como resultado, o STF estabeleceu que a responsabilização da Administração Pública não seria automática, mas sim, respeitaria certos critérios que foram depois incorporados à Súmula 331 do TST.

Na esteira desse debate, o RE 760.931, julgado definitivamente no início desse ano, questionava a condenação da União em acórdão do TST, como responsável subsidiária por culpa *in vigilando* por dívidas trabalhistas contraídas por empresa contratada para prestação de serviços terceirizados. A argumentação dos ministros que votaram contra a condenação da União estava pautada no famigerado §1º do artigo 71 da lei 8666 / 93. A solução foi afastar a tese de irresponsabilidade do Estado, mas condiciona-la à ocorrência de certos requisitos (culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*). Nesse recurso extraordinário, o Procurador-Geral da República, em seu parecer, questionou o eventual tratamento diferenciado conferido pela norma em relação ao ente estatal como figura contratante:

“Firmada nessa intensidade a responsabilidade subsidiária objetiva do particular contratante de serviço pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada, seria de constitucionalidade duvidosa norma ordinária que vedasse a responsabilização do Estado em idêntica situação, especialmente na hipótese de ato ilícito praticado por agente estatal. Muito provavelmente, nessa hipótese, a norma

violaria o princípio da igualdade, corolário do Estado de Direito (Constituição, arts. 1º, 5º, caput, e 37, § 6º).<sup>57</sup>

O Procurador-Geral da República chama atenção para a violação do princípio da igualdade caso a interpretação do §1º do artigo 71 aceite a tese da irresponsabilidade do Estado, o que já se decidiu ser inaceitável pelo STF. O que se deve considerar é que o Estado, como parte contratante, não deve se valer de suas prerrogativas de direito público para afastar sua responsabilidade pelos trabalhadores que a ele presta serviços.

Dessa forma, conclui-se que trazer as relações de trabalho terceirizadas para o âmbito do Estado não apenas contribui para a nociva reprodução de um modo de superexploração de mão de obra, violadora dos direitos desses trabalhadores, como também fragiliza toda a gama de direitos fundamentais que o Estado deveria tutelar.

A se considerar que o direito do trabalho emerge<sup>58</sup> para limitar a exploração da força de trabalho pelo capital, ele será alvo de um desmonte sistemático quando houver a necessidade de intensificação da exploração para o recrudescimento dos lucros, sobretudo nos momentos de crise, como vivemos hoje. Não se pode aceitar tamanho retrocesso. Nesse momento é essencial que a resistência a esse movimento se faça com base na preservação dos direitos fundamentais como patamar civilizatório mínimo, de modo que toda legislação trabalhista conserve os valores já alcançados pelas lutas sociais.

---

57 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº760.93. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. 5 jul. 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4434203>> Acesso em 15 jul. 2017 Manifestação do Procurador-Geral da República.

58 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 38 Ed. São Paulo: LTr, 2013. P.70-71



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por escopo fomentar o debate sobre a expansão da terceirização no país, dando enfoque à utilização dessa modalidade contratual junto à administração pública. Como muitos estudos já apontam, a terceirização revela-se um fenômeno que lança os trabalhadores a um estado de precarização que não condiz com os princípios constitucionais de valorização do trabalho, de promoção do bem de todos, de proteção da dignidade da pessoa humana, entre outros. Ao fazer uso de serviços terceirizados, a administração pública age contribuindo para legitimar esta prática nefasta e contraria seu papel fundamental de guardião da constituição e dos princípios que asseguram a proteção do trabalhador.

Assim, conclui-se que a terceirização é método de contratação que emerge em um processo de reestruturação produtiva, de modo a horizontalizar as organizações, com a extinção dos vínculos de emprego, enxugamento de departamentos e setores da empresa com objetivo de retomada dos lucros. Também, em sua essência, a terceirização se dá quando uma operação interna da empresa é transferida para outra que consiga fazê-la melhor e mais barato. Pressupõe-se aqui que a empresa contratada é especializada no objeto do contrato, o que justifica a delegação dessa parte da produção a ela.

Também é pressuposto fundamental para que ocorra a terceirização legal que essa atividade seja prestada com autonomia pela empresa contratada, sob pena de se caracterizar uma simples relação de contratação de mão de obra por empresa interposta, o que é vedado pelo nosso ordenamento.

Diante disso, consciente de que a terceirização visa o lucro para as empresas, não se pode admitir que haja compatibilidade entre essa contratação e os fins a que se destina o Estado. Além disso, as consequências práticas do emprego da terceirização são desastrosas: maior índice de acidentes, menores salários, fragmentação subjetiva e

objetiva dos trabalhadores, menos benefícios sociais, dificuldade de identificar seu real empregador em demandas judiciais, entre outras desvantagens. Ao trazer as relações de trabalho terceirizadas para a prestação de serviços à administração pública, o Estado age contribuindo para reforçar a situação de superexploração da força de trabalho dos empregados subcontratados e, assim fazendo, age com violação do sistema protetivo dos direitos sociais inscritos na Constituição e nas leis. Acolher a terceirização praticada pelo Estado implica em renúncia do seu papel de protetor dos direitos fundamentais, fragilizando todo o ordenamento jurídico e a razão de ser do Estado Democrático de Direito.

## BIBLIOGRAFIA:

ALVES, GIOVANNI . A lógica da terceirização e o capitalismo no Brasil: precarização do trabalho na era do neodesenvolvimentismo. *O Público e o Privado (UECE)* , v. 25, p. 15-31, 2015.

\_\_\_\_\_ Trabalho e reestruturação produtiva no Brasil neoliberal: Precarização do trabalho e redundância salarial. **Revista Katalysis** , v. 12, p. 188-197, 2009.

\_\_\_\_\_ O espírito do toyotismo - reestruturação produtiva e 'captura' da subjetividade do trabalho no capitalismo global. *Confluências (Niterói)* , v. 10, p. 97-120, 2009.

\_\_\_\_\_ Dimensões da Reestruturação Produtiva do Capital Notas teórico-metodológicas. *O Público e o Privado* , v. 11, p. 9-20, 2008.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?:** ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_ A sociedade da terceirização total. **Revista da ABET**, v. 14, n. 1, Janeiro a Junho de 2015

\_\_\_\_\_ **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil III.** Boitempo editorial. 2006

\_\_\_\_\_ R; DRUCK, G. A epidemia da terceirização. In ANTUNES, R. (org), **Riqueza e Miséria do Trabalho**, vol III. São Paulo: Ed. Boitempo,

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_ Terceirização no Direito do Trabalho - Riscos e conseqüências. *Jornal Trabalhista*, Brasília, n.n. 471, 1993.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra:** ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_ A Terceirização no Século XXI. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** , v. 79, p. 232, 2014.

\_\_\_\_\_ O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* , v. 80, p. 239-256, 2014.

\_\_\_\_\_ A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização. **Revista LTR** , v. 70, p. 715-717, 2007.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 2 Ed. São Paulo. Editora Elsevier. 2006

\_\_\_\_\_ **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 6 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15ª. Ed. São Paulo: LTr, 2016

LEITÃO, Tabata Gomes Macedo de. A terceirização no contexto de eficácia dos direitos fundamentais. 2012. Dissertação. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. Considerações acerca dos projetos de lei sobre terceirização no Brasil e a experiência jurídica estrangeira. **Revista de informação legislativa**. 2017

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. LTr. 38 Ed. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. A terceirização e o papel dos tribunais no controle das práticas de precarização do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 4, n. 35, p. 51-68. nov./dez. 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000.

\_\_\_\_\_ Terceirização na administração pública - uma prática inconstitucional. *Revista LTR* , v. 70, p. 1307-1317, 2006.

\_\_\_\_\_ A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista de Direito do Trabalho (São Paulo)* , v. 30, p. 92-103, 2004.

\_\_\_\_\_ Terceirização no processo do trabalho - legitimidade - condenação solidária ou subsidiária e intervenção de terceiros: implicações. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n.131, p. 9-19, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 1, p. 54-84, São Paulo, jan./mar. 20