

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANDRÉIA PUGLIA TEIXEIRA

RIO DE JANEIRO

2008

ANDRÉIA PUGLIA TEIXEIRA

A TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Dra. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

RIO DE JANEIRO

2008

Teixeira, Andréia Puglia.

Terceirização irregular na Administração Pública / Andréia Puglia Teixeira. – 2008.

93 f.


Orientador: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 72-74.

1. Administração Pública 2. Terceirização. I. Silva, Sayonara Grillo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.31



ANDRÉIA PUGLIA TEIXEIRA

TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Doutora da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientadora

2º Examinador
Prof.

3º Examinador
Prof.

Aos meus pais, Gina e Ricardo, fundamentais na escolha do caminho jurídico, me guiaram na direção correta. Eles fazem parte desta conquista.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Prof^ª Doutora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, pela admirável dedicação com seus alunos. Agradeço os conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

A meus pais, Gina e Ricardo e irmã Lara pelo apoio incondicional em todas as horas. Ao Heitor pelo companheirismo de namorado. Às minhas amigas pela alegria de estarmos juntas. E a todos os meus professores de Direito do Trabalho que despertaram meu interesse pela matéria.

Cada pessoa que passa em nossa vida, passa sozinha, porque cada pessoa é única e nenhuma substitui a outra. Cada pessoa que passa em nossa vida passa sozinha e não nos deixa só porque deixa um pouco de si e leva um pouquinho de nós. Essa é a mais bela responsabilidade da vida e a prova de que as pessoas não se encontram por acaso.

Charles Chaplin

RESUMO

TEIXEIRA, A. P. *Terceirização Irregular na Administração Pública*. 2008. 93 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se as questões relevantes envolvendo a terceirização irregular no âmbito da Administração Pública. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais e gerais do instituto da arbitragem, bem como sua jurisprudência e normatização. Na segunda parte é estudada a terceirização praticada especialmente na Administração Pública, destacando-se os impedimentos de formação do vínculo presentes na Constituição e na jurisprudência trabalhista. A terceira parte dedica-se ao estudo de caso concreto ocorrido no âmbito da Administração Pública Indireta, cuidando-se dos diferentes posicionamentos sobre o caso em questão.

Palavras-Chave: Terceirização; Administração Pública; Concurso Público; Nulidade.

ABSTRACT

TEIXEIRA, A. P. *Terceirização Irregular na Administração Pública*. 2008. 93 f. monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This paper analyzes relevant issues concerning irregular outsourcing in the Public Administration. For a better understanding of the subject, the first part presents an analysis of conceptual and general aspects of the arbitration, as well as of jurisprudence and normalization. The second part contains a study of outsourcing practiced specifically in the Public Administration, with a focus on the obstacles for the formation of bondage present in the Constitution and labor court jurisprudence. The third part is dedicated to the study of a real case in the field of Indirect Public Administration and the different positions undertaken on the case in question.

Keywords: Outsourcing; Public Administration; Public Selection; Nullity.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
Capítulo 1 – A Terceirização no Direito.....	12
1.1 - Argumentos e tendências.....	14
1.2 – Conceito e objetivo.....	17
1.3 - Subordinação.....	19
1.4 - Evolução normativa.....	21
1.5 – Jurisprudência do TST.....	23
1.6 – Análise dos projetos de lei em tramitação sobre a terceirização.....	26
1.7 - Tipos de terceirização.....	36
1.8 – Efeitos da terceirização irregular.....	38
Capítulo 2 – Terceirização na Administração Pública.....	41
2.1 – Princípios Constitucionais.....	42
2.1.1 – Acessibilidade.....	42
2.1.2 – Concurso Público.....	45
2.2 – Contratação irregular na Administração Pública.....	47
2.3 – Efeitos dos contratos irregulares da Administração Pública.....	47
2.4 – Responsabilidade trabalhista.....	50
Capítulo 3 – Análise de caso concreto de terceirização na Administração Pública Indireta.....	51
3.1 – Terceirização em Furnas.....	52
3.2 – Posição de Furnas Centrais Elétricas S.A.....	54
3.3 - Atuação do Tribunal de Contas da União.....	56
3.4 – Atuação do Ministério Público do Trabalho.....	59
3.5 – Posição do Judiciário Trabalhista.....	63
Conclusões parciais.....	70
Referências bibliográficas.....	72
Anexo A – Quadro comparativo dos projetos de lei sobre terceirização em tramitação.....	75
Anexo B – Quadro comparativo da lei atual do trabalhado temporário e com o projeto de lei que visa modificar a lei atual do trabalho temporário.....	79
Anexo C - Projeto de lei 4.302 de 1998.....	80
Anexo D – Projeto de lei 4.330 de 2004.....	86

Anexo E - Projeto de lei 1.602 de 2007.....	90
--	-----------

Introdução

A integração dos países em busca de um estímulo ao comércio mundial, e a criação de mercados comuns, faz com que a concorrência aumente em larga escala, sinal positivo para o consumidor, mas por outro lado, também exige cada vez mais preocupação do produtor com qualidade, produtividade e baixos custos.

Para se manter no mercado diante de tamanha concorrência, o empresariado tende a modificar a organização da produção, buscando, entre outras soluções, novos métodos de gestão de mão-de-obra. No entanto, alguns destes métodos encontrados pelo empregador para diminuir os custos da produção atingem diretamente a estrutura clássica da relação de trabalho, desencadeando a discussão acerca do fenômeno denominado terceirização. Já outros empregadores aproveitam a falta de regulamentação da terceirização para diminuir os custos trabalhistas, utilizando-se de mera intermediação de mão-de-obra para movimentar a empresa. Com isso, o trabalhador envolvido no sistema é o maior prejudicado, tendo direitos suprimidos, e precisando se submeter ao trabalho precarizado.

Antes mesmo das terceirizações começarem a transbordar no setor privado, se infiltraram no setor público através de atividades secundárias, de baixo nível de escolaridade, onde os cidadãos com nível superior ainda não tinham interesse de laborar. E desenfreadamente atingiu outros setores de importância fundamental para a atividade administrativa do setor público.

A intermediação de mão-de-obra já é por si só uma afronta às relações bilaterais trabalhistas, no entanto, ao penetrar no âmbito da Administração Pública, encontra óbice ainda maior que é o do concurso público. Previsto no artigo 37, inciso I, da Constituição Federal, o concurso público é requisito indispensável para a investidura de cargo ou emprego público, com isso, a situação dos trabalhadores terceirizados se torna cada vez mais irregular.

O objeto desta monografia é o estudo da terceirização na Administração Pública, em especial quando infringem a norma constitucional de exigência prévia de concurso público, gerando conseqüências diversas para os atores da relação jurídica.

Estamos diante de uma realidade inexorável. É preciso reconhecer os fatos que acontecem reiteradamente no cotidiano das relações trabalhistas brasileiras. Por isso faz-se

necessário o seu estudo, pois como adverte George Ripert: “quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito”.

Não restam dúvidas sobre a necessidade de se regular as relações advindas da prestação terceirizada de serviços, já que muitos sofrem com a ausência de regras. Vantuil Abdala ressalta que todos os atores envolvidos acabam por sofrer negativamente com as consequências da falta de normatização, os trabalhadores, as prestadoras de serviço idôneas, as tomadoras de serviço de boa fé, e o próprio Estado.

Por isso, entendemos que a abordagem do tema seja relevante e extremamente atual, já que antes de estabelecer a lei sobre o tema, a sociedade deve discutir intensamente o seu objeto para poder chegar numa obra ideal, que não seja ‘a melhor’, para evitar descumprimento da lei, mas também não nasça recheada de lacunas e afrontas constitucionais.

O presente trabalho surge com o objetivo de aprofundar os conhecimentos, apontar os debates legislativos, bem como apresentar um caso concreto. Não se pretende neste trabalho esgotar o tema das irregularidades nas contratações pela Administração Pública, mas sim organizar acontecimentos sociais e posições de atores sociais em busca de uma observação ampliada do fenômeno da terceirização.

A monografia está distribuída em três capítulos.

O primeiro capítulo apresenta o instituto da terceirização de maneira ampla. A sua história é breve, pois a intenção é demonstrar a sua origem e inserção do direito. No capítulo primeiro, se conhece de maneira introdutória do fenômeno da terceirização com informações essenciais a seu respeito, estabelecendo sua diferenciação da intermediação de mão-de-obra nos casos concretos justralhistas. Com ao aumento de conflitos pode-se observar o surgimento de jurisprudência e de projetos de lei, comentados de acordo com pontos de relevância.

No segundo capítulo do trabalho, o tema é analisado de maneira aproximada. É o momento em que se discute a terceirização realizada de maneira irregular na Administração Pública, seja ela Direta ou Indireta, já que o requisito constitucional de acesso público se aplica a ambas. O capítulo ainda aborda a posição da doutrina trabalhista para a nulidade desses contratos.

O terceiro capítulo discute o caso concreto de uma empresa que utiliza largamente da terceirização para atuar, apresentando uma visão cronológica da terceirização em Furnas

Centrais Elétricas S.A.. O capítulo aborda acontecimentos ocorridos desde a criação de Furnas até a sua inclusão no Plano Nacional de Desestatização, e os contratos gerados por essa inclusão, que geraram os problemas atuais, principalmente por parte dos aprovados em concurso público realizado pela empresa. Estão presentes neste capítulo os argumentos usados por Furnas para justificar suas atitudes, a atuação do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público do Trabalho, e as decisões apresentadas pelo Judiciário diante dos conflitos.

O curto espaço de tempo para desenvolver o trabalho de conclusão de curso aqui apresentado dificultou a intenção inicial de aprofundar a pesquisa com entrevistas pessoais com os terceirizados, com os procuradores envolvidos em questões de intermediação de mão-de-obra e com os empregados efetivos de empresa. Essas entrevistas seriam importantes para aprofundar a análise do caso concreto e descobrir se há preconceito dentro do ambiente de trabalho, se as condições de trabalho são as mesmas para os efetivos e os terceirizados, entre outros. Somente com a extensão do tempo oferecido seria possível o aprofundamento e as pesquisas de campo. No entanto, ainda que mais realista que o projeto inicial, o objetivo da monografia foi alcançado, pois da pesquisa, mesmo restrita à doutrina e instrumentos judiciais, pode extrair conclusões parciais para o trabalho.

A priori, conclui-se que as terceirizações não podem mais ser amparadas pelo direito somente através da jurisprudência trabalhista. Urge a adoção de medidas legislativas que precisam ‘sair do papel’, e que respeitem os direitos básicos do trabalhador.

Conclui-se que a legislação deve inibir a prática terceirizatória irregular, e promover a terceirização regular de maneira extraordinária, seja ela na atividade-meio da empresa ou em serviços especializados.

Considerando que os apadrinhamentos políticos estão arraigados na cultura brasileira, e que só serão extintos através de punição severa dos responsáveis, entendemos que os contratos das prestadoras de serviço entre a Administração Pública Direta e Indireta não podem estabelecer vínculo de emprego do trabalhador com a tomadora, sob pena de legitimação expressa da obstrução de dispositivo constitucional.

1 Terceirização

O primeiro capítulo deste trabalho inicia o estudo da terceirização numa abordagem geral sobre o instituto, revelando diversas visões acerca do fenômeno que cresce ainda sem controle. Faz-se necessária essa base de conhecimento sobre a intermediação de mão-de-obra, para que, mais adiante, possa ser aprofundado o assunto especificamente incidente na Administração Pública.

Por isso, inicia-se o estudo através das tendências recentes que originaram a discussão acerca das conseqüências geradas pela terceirização no Direito do Trabalho. Discute-se os benefícios e os malefícios, quem ganha e quem perde. Os economistas defendem-na, como uma realidade inexorável, e o legislativo ainda a ignora, alguns juristas juntam forças para o ataque ao grande vilão que se tornou a terceirização desregulada no país.

Necessária se faz a colocação e descrição de seu conceito, de sua origem, objetivos e elementos. A subordinação se torna foco da discussão ao se questionar sobre a sua característica mutável diante da evolução social. São raízes concretas da terceirização que se apresentam para o melhor entendimento de suas vertentes e interpretações.

A transformação de fenômeno social para fato de direito, no Brasil, é recente, sendo analisada através de diferentes regras, normatizadas durante os últimos cinquenta anos, e também, através de casos concretos surgidos posteriormente com as discussões levadas ao Judiciário.

Posteriormente, apresenta-se o movimento legislativo atual, em busca de reconhecimento desta realidade que é a terceirização, demonstrando a necessidade de se regular, pelas vias ordinárias, o fenômeno, procurando regular as relações individuais. Na apresentação de cada projeto de lei faz-se necessário observar a terceirização em duas esferas. A primeira do contrato de trabalho temporário com uma espécie, regulada por norma específica, e a segunda esfera compreendida pelo contrato de prestação de serviços a terceiros enquanto gênero, uma normatização abrangente dos contratos de terceirização.

Em seguida, a doutrina indica as classificações do fato social de terceirizar, indicando cada uma das espécies de terceirização. O capítulo finda-se com os efeitos gerados pela uso incorreto que os atores sociais fazem do instituto da terceirização, explicando as nulidades geradas em cada caso específico, podendo aplicar a estes a nulidade especial justralhista, a nulidade clássica civilista ou realizar uma aplicação equilibrada das duas nulidades citadas.

1.1 Argumentos e tendências

A década de 1990 esteve eivada de propostas de flexibilização, trazendo para tanto, argumentos basicamente econômicos, como o de que a modernização da legislação geraria empregos.

Em resposta a tais argumentos, surgiram debates acerca da real consequência trazida pela flexibilização das leis trabalhistas. A dicotomia entre as consequências positivas e negativas estimulou o interesse de novos adeptos, e aos poucos foi possível apontar relações lógicas entre os juristas que defendem a flexibilização e aqueles que não a aceitam.

As tendências principais criadas pelo debate podem ser identificadas como: econômica, social, e social-liberal. As duas primeiras são oposições uma da outra. As idéias econômicas são aquelas, já citadas, surgidas na década de 1990 que pregam a idéia de que flexibilizar gera emprego. A abordagem de conteúdo sociológico surge para questionar a veracidade do argumento econômico, mostrando que o efeito negativo gerado por tal proposta foi a precarização dos contratos de trabalho. A visão que denominarei como social-liberal, é fruto de pensamentos de juristas que acreditam que a flexibilização é algo inerente ao cenário econômico e que, por isso deve ser aceita, desde que a ela sejam impostos limites, estabelecidos pelo Estado, para que não deixe desamparado o trabalhador envolvido, figura diretamente afetada pelas mudanças da economia.

Deste modo, o debate acerca da terceirização inicia-se no campo do ‘flexibilizar para modernizar’, mas é interpretado por alguns autores como ‘precarização das relações de trabalho’, e assim, os argumentos de aceitação da terceirização passam a ser reavaliados.

Arion Sayão Romita divide dois grupos de juristas distintos no que tange à flexibilização: os conservadores e os renovadores. Enquanto os conservadores são resistentes às mudanças e “supervalorizam o princípio da proteção”, os renovadores “apregoam novidades como a flexibilização e noções afins”¹.

¹ Romita *apud* Artur, Karen. O TST frente à terceirização. EdUFScar, 2007. p. 38.

Há que se concordar que cada grupo, como o relacionado por Arion Sayão Romita, representa uma ou mais classes individualizadas por seus diferentes interesses. Logo, é possível fazer a relação entre os advogados de grandes empresas com os argumentos econômicos utilizados para estimular a terceirização, afinal defendem interesses econômicos muito fortes. Utilizam, pois, argumentos que se baseiam na “terceirização como fato para o aumento da eficiência produtiva, a terceirização como uma forma disponível de combate ao desemprego, e a defesa de um papel menos regulador do Direito do Trabalho ²”.

Estabeleceu-se, no entanto, o consenso no sentido de reconhecer que o resultado do processo de flexibilização, não reduziu o desemprego e nem melhorou as condições de trabalho ³. As palavras do então presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ministro Francisco Fausto, resumem o sentimento dos juristas que não simpatizam com o fenômeno da flexibilização:

“Todos estão vendo que a flexibilização não gera emprego. O direito do trabalho não foi feito para incrementar a economia, ele foi feito para proteger direitos sociais. A flexibilização pode servir à economia, não serve aos direitos sociais. Portanto, não é uma coisa boa para o direito do trabalho ⁴”.

Observa-se que existem vários contra-argumentos à idéia de que terceirizar gera empregos. Nessa linha destacam-se autores como o procurador Rodrigo de Lacerda Carelli, e o juiz e professor da USP, Jorge Souto Maior, que, defende que o Direito do Trabalho é algo a ser preservado diante das visões que entendem que a crise econômica é resultado das regras trabalhistas.

As palavras de Souto Maior, citando inclusive o economista Dedecca, demonstram o sentimento dos que não concordam com a flexibilização dos direitos trabalhistas:

“(…) uma quantidade menor de direitos trabalhistas não significa mais empregos. A desregulamentação, a despeito de servir para atacar o desemprego, acaba provocando mais desemprego. Conforme adverte

2 Artur, Karen. Op. cit. p. 69.

3 Esse consenso é resultado do Fórum Internacional sobre Flexibilização, organizado pelo TST, em abril de 2003. O encontro reuniu doutrinadores de renome da Europa e América Latina, que chegaram a tal conclusão através da experiência de seus próprios países.

4 Transcrição da entrevista feita por Karen Artur ao Ministro do TST, Francisco Fausto, e posteriormente publicada. Artur, Karen. Op. cit. p. 43.

Cláudio Salvadori Dedecca: ‘se, no campo do debate político e mesmo acadêmico, o processo de desregulamentação era visto como um instrumento de oxigenação das empresas, necessário para relançar o nível de produção e emprego, constata-se que, no movimento real da economia, as empresas têm aproveitado a maior desregulamentação para racionalizar a produção e emprego e, portanto, para reforçar a lógica do desemprego ⁵’.

No mesmo sentido, Rodrigo de Lacerda Carelli, não só demonstra em que lado da discussão está como resume plausivelmente sua posição. Ele combate o argumento econômico-liberal de que a terceirização gera empregos defendendo que, pelo contrário, a terceirização gera precarização. “(...) a razão por não criar empregos é simples: a terceirização não gera riqueza, não agrega valor, pois, em sua maioria, trata-se de mero fornecimento de mão-de-obra precária ⁶”.

Extremamente sensata a opinião de Carelli, já que a terceirização é um meio de diminuir os custos dentro da empresa, sendo assim, a empresa que visa diminuir custos não é a mesma que deseja criar empregos.

A tendência intermediária, a social-liberal ⁷, encontra defensores da terceirização, desde que venha emoldurada por limites. A modernização da lei é defendida, desde que respeitados alguns direitos básicos. A idéia está inserida na necessidade de regular as relações de trabalho que estão ocorrendo insistentemente na vida real, e não encontram amparo no meio jurídico. Os limites supracitados assumem diferentes formas, podendo mudar de definição ou abrangência conforme o autor. Para alguns autores como Maurício Godinho Delgado, o não-desfavorecimento do trabalhador já é o limite para a flexibilização.

No mesmo caminho, a posição da Ministra do TST Maria Cristina Irigoyen que estabelece como limite da flexibilização os ‘direitos da civilidade’. Conforme posicionamento apresentado à pesquisadora Karen Arthur ⁸. Observa a autora: “A explicação da ministra sobre os ‘direitos da civilidade’ é rara. Muitas vezes, os juristas utilizam expressões ‘direitos

5 Maior, Jorge Luis Souto. Direito do Trabalho e Desenvolvimento Econômico: um contraponto à teoria da flexibilização. Revista Direito (Faculdade de Direito Padre Anchieta), ano III, n.5, p. 7-22, 2002.

6 Rodrigo de Lacerda Carelli é procurador do trabalho no Rio de Janeiro, mestre em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense. Artigo disponível em www.pgt.mpt.gov.br.

7 Lembrando que ‘tendência social-liberal’ é um termo utilizado neste trabalho de conclusão de curso, tão somente para designar uma tendência equilibrada encontrada na doutrina, entendimento que mescla argumentos das tendências liberal e social.

8 Karen Artur é mestre e doutora em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos e bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Em seu mestrado realizou entrevistas com os então ministros do TST sobre a terceirização.

mínimos’, ‘direitos da dignidade’ sem explicar quais são esses direitos, e, quando o fazem, reforçam os limites constitucionais”⁹. Para a ministra, os ‘direitos de civilidade’ incluem não só os direitos constitucionais, por serem naturalmente norma cogente, sendo assim assegurados, como também aqueles previstos em lei, bem como o que disser sobre segurança, medicina e higiene do trabalho (entre eles periculosidade e insalubridade), duração do trabalho (descanso intra e inter jornada, férias, repouso semanal remunerado), matéria de alteração do contrato, matéria de regulação das hipóteses de suspensão, de interrupção, e disciplina da rescisão.

Ainda em paralelo a este posicionamento, Arnaldo Süssekind, se posiciona contra o livre ajuste de condições mínimas irrenunciáveis, alegando que o Brasil é um país que não possui, em todas as suas regiões, condições de obter em negociação coletiva, adequadas condições de trabalho¹⁰.

1.2 Conceito e objetivo

O neologismo ‘terceirização’ é oriundo na palavra terceiro e teve origem fora do mundo jurídico, ao ser usado no âmbito da administração de empresas para caracterizar a descentralização da atividade empresarial, ao transferir a responsabilidade de segmentos específicos da empresa para outrem, ligado juridicamente a empresa principal através de vínculo civil.

No mundo jurídico, a terceirização trabalhista não se identifica com a palavra ‘terceiro’ no sentido de pessoa estranha à relação jurídica entre duas ou mais partes.

De acordo com Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcanti, “ao termo ‘terceirização’ pode-se dar vários significados: o processo de descentralização das atividades da empresa, no sentido de desconcentrá-las, para que sejam

⁹ Artur, Karen. Op. cit. p. 46.

¹⁰ Süssekind, A. O Malogro dos contratos provisórios. Folha de São Paulo, 27 de outubro de 1997.

desempenhadas em conjunto por diversos centros de prestação de serviços e não mais de modo unificado numa só instituição; a valorização do setor terciário da economia ¹¹”.

Já Godinho diz que não há o que se confundir entre os vocábulos terceirização e tercerização, já que compreendem conceitos diferentes. Terceirização faz referência ao setor terciário, ligado aos serviços, onde se situam as empresas terceirizantes.

Arion Sayão Romita ¹² não aceita como correto o uso da palavra terceirização para identificar o fenômeno social, econômico e justralhista desta pesquisa, argumentando que a relação existente neste fenômeno é bilateral, entre a empresa prestadora e a tomadora de serviços, portanto não há presença de ‘terceiro’ como induz o vocábulo terceirização.

Por outro lado, Godinho Delgado entende que a relação existente no fenômeno estudado é trilateral (também defendido por Vólia Bomfim ¹³), onde estão presentes três sujeitos, o empregado, o empregador aparente (empresa prestadora) e o empregador real (empresa tomadora). Ressalte-se que nesta relação não há coincidência de empregador real com o formal.

Vólia Bomfim explica que na terceirização há um contrato civil entre o empregador aparente e o empregador real, ou seja, não há vínculo de emprego entre o obreiro e a tomadora de serviços que é seu empregador real. Nas terceirizações regulares, isto é, nos casos previstos em lei ou autorizados pela jurisprudência do TST ¹⁴, o vínculo empregatício se forma com o empregador aparente, que é a prestadora de serviços. No entanto, se verificada fraude na terceirização, o vínculo de emprego será com o que realmente utilizava-se dos serviços do obreiro, ou seja, o tomador de serviços (empregador real). No caso excepcional de o empregador real ser ente da Administração Pública, não será aplicado o princípio justralhista

11 Jorge Neto, Francisco Ferreira e Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de Direito do Trabalho. Lumen Juris, 2007. p. 1363.

12 Romita *apud* Diniz, José J. B. O Fenômeno da Terceirização. in Retroativo, 1996 a 2000/RJR-2 – Trabalhista e Previdenciário/Ementário/1997/2/12008

13 Cassar, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 492.

14 Súmula 331/TST.

da *ajenidad*¹⁵, por grave afronta à norma constitucional do artigo 37, II da Constituição Federal Brasileira.

O modelo trilateral da terceirização, no entanto, se choca com a estrutura original do Direito do Trabalho de relação empregatícia bilateral. Apesar de sua origem ser justificada pela competição econômica dos mercados, o instituto tende a ser utilizado para fraudar a relação bilateral de emprego e com isso diminuir os custos com o trabalhador. Desta forma, a finalidade do direito, seus princípios e sua função social são contrariados, sofrendo a terceirização, por isso, restrições da doutrina e jurisprudência trabalhistas, que reforçam a utilização excepcional do instituto da terceirização na contratação da força de trabalho. Ademais, como ressalta Vólia Bomfim¹⁶, a relação bilateral é regra de todos os contratos e a terceirização, exceção, e como tal, deve ser interpretada de forma restritiva.

O fenômeno da terceirização traz consigo pontos positivos e negativos. Os positivos gerados pela terceirização são: a modernização da administração empresarial, com a redução de custos, aumento da produtividade, com a criação de novos métodos de gerenciamento da atividade produtiva e aumento da capacidade de competição no mercado. Os pontos negativos decorrentes deste fenômeno são: a redução dos direitos globais dos trabalhadores, tais como a promoção, salários, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos. Nota-se que os empregadores lucram com a terceirização, pois os pontos positivos beneficiam sua categoria, e quem sofre com a terceirização são os trabalhadores, visto que os pontos negativos relacionam-se com diminuição de direitos trabalhistas.

Por fim, a terceirização tem como objetivo a diminuição dos custos, além da melhora quanto à qualidade do produto ou do serviço, no entanto grande é a utilização deste instituto para fraudar deveres trabalhistas. Na busca de melhores resultados mercantis, os trabalhadores estão vulneráveis a perda da vinculação jurídica com os empregadores reais (empresas tomadoras), principalmente pela intermediação que está ocorrendo com o aumento descontrolado de empresas intermediadoras de mão-de-obra.

15 “Olea se referia à *ajenidad* como “utilidade patrimonial do trabalho”, isto é, como atribuição ao terceiro dos frutos do trabalho de outrem. Olea *apud* Cassar, Vólia Bomfim. Op. cit. p. 249. *Ajenidad* significa aquisição originária de trabalho por conta alheia. Este princípio gera dois conteúdos: a) que a aquisição do trabalho gera o vínculo de emprego com o tomador que originariamente toma os serviços do empregado, daí porque a aquisição é originária; b) que o trabalho é exercido para e por conta de outra pessoa. Cassar, Vólia Bomfim. Op. cit. p. 249.

16 Cassar, Vólia Bomfim. Op. cit. p. 493.

1.5 Subordinação

Antes, o Direito do Trabalho regulava todas aquelas relações onde era indispensável a incidência da subordinação. No entanto, a Emenda Constitucional 45/99, amplificou as esferas reguladoras do Direito do Trabalho, fazendo com que a subordinação deixasse de ser a base fundamental do Direito do Trabalho como um todo e ficasse restrita unicamente ao âmbito da configuração da relação de emprego.

Com a evolução das atividades econômicas e das práticas de negócios, os padrões do grau de subordinação também evoluem e tendem a se alterar. “O fato é que a subordinação é um conceito dinâmico, como dinâmico são em geral os conceitos jurídicos se não querem perder o contato com a realidade social que visam exprimir e a equacionar ¹⁷”.

Pontes de Miranda descreve o subordinado como aquele que fica “sob as ordens e a disciplina do empregador ¹⁸”.

Diante da grande discussão acerca da noção de subordinação presente na relação de emprego, alguns autores propõem que a noção de dependência econômica substitua a noção de subordinação legal ¹⁹. Na década de 1970, Ollier já enunciava a subordinação jurídica como símbolo da subordinação econômica, admitindo a substituição do critério de subordinação jurídica pela subordinação econômica ²⁰. O argumento usado é o de que a subordinação pode ser medida em diferentes graus, o que influenciaria na mensuração da ampliação ou redução do Direito do Trabalho. Estes graus variam entre o ‘verdadeiro

17 Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 510.

18 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954 -1970, t.47. p. 73, n.2.

19 Artur, Karen. *Op. cit.* p. 32.

20 Ollier, Pierre Dominique. *Le droit du travail*. Paris: A. Collin, 1972. p. 78-79.

autônomo’, o trabalhador parassubordinado ²¹ e, no grau mais alto, o trabalhador mais precarizado.

No livro de Karen Artur, o ministro Rider de Brito apresentou uma divisão entre ‘trabalhadores sem condições de impor qualquer posição perante o empregador’, destinatários de normas trabalhistas – e ‘trabalhadores que têm possibilidade de impor condições perante o empregador’, não passíveis de serem abrangidos pelo direito do trabalho. Desta maneira o ministro justifica a necessidade de se rever o critério jurídico da subordinação. Ele ainda lembra que ‘entre o trabalhador profundamente subordinado e o alto executivo, existe um gama enorme de trabalhadores que vão de um intensa subordinação até de uma quase ou inexistente subordinação ²²’.

Com a substituição do critério jurídico da subordinação, a tutela do Direito do Trabalho poderia ser abrangida àqueles trabalhadores que se encontram entre o ‘trabalhador precarizado’ e o ‘trabalhador autônomo’. Em contrapartida, seria restrita a proteção àqueles trabalhadores que, como bem descrito pelo ministro Rider de Brito, tem condições de negociar benefícios com o empregador.

1.3 Evolução histórico-normativa

Na década de 1940, a Consolidação da Leis do Trabalho, trouxe em seu texto originário a primeira hipótese de “terceirização” compreendida em sentido amplo, ainda que não denominada desta forma. Mesmo com um mercado de trabalho ainda ligado as relações clássicas de emprego do Direito do Trabalho, a lei, em seu art. 455, dispõe sobre a subempreitada, citando ainda, em sua alínea a, inciso III, o fenômeno da pequena empreitada.

21 O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado. Nascimento, Amauri Mascaro. Introdução ao Direito do Trabalho. LTr, 2004, p. 413.

22 Artur, Karen. Op. cit. p. 61-62.

O contratos civis relativos à terceirização já eram devidamente regidos pelo Código Civil de 1916, qual seja a empreitada e a prestação de serviços.

Nova autorização de rompimento com o modelo bilateral justabalhista surgiu nas atividades da Administração Pública, através do Decreto-Lei 200/67 (art. 10, §7º), e seu instrumento regulamentador, art 3º, parágrafo único da Lei nº 5.645/70. O objetivo era, sempre que possível, executar mediante contrato, de maneira indireta, atividades meramente executivas, operacionais. A descentralização das tarefas da Administração Pública era uma indução legal à terceirização, e, portanto, na década de 1970, foram legitimadas as terceirizações na Administração Pública, das atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, desde que exercidas por meio de contrato. Cabe ressaltar que o parágrafo 7º do artigo 10 do Decreto-Lei 200/67 coloca como condição para a execução indireta dos serviços, a existência, na área, de ‘iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução’.

Pouco tempo depois, a terceirização foi estendida também para o setor privado pela Lei do Trabalho Temporário (Lei 6.019/74) e pela Lei dos Vigilantes (Lei 7.102/83) ²³. A Lei do Trabalho Temporário autorizou a locação de mão-de-obra desde que fosse para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa ou acréscimo extraordinário de serviços. Tais contratos, a princípio, não poderiam exceder três meses, e excepcionalmente poderiam ser prorrogados por mais três meses desde que tivessem autorização da autoridade competente. A Lei dos Vigilantes diz em seu artigo terceiro, inciso I, que ‘a vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados por empresa especializada contratada’. O legislador determinou que o contrato terceirizado fosse permanente para salvaguardar a sociedade como um todo, evitando que pessoas físicas ou jurídicas pudessem contratar um exército armado e despreparado para a sua segurança pessoal ou patrimonial.

Diante das inúmeras mudanças no cenário mundial, na década de 1980, a jurisprudência trabalhista editou a súmula 256, afim de proteger os trabalhadores atingidos pelas idéias econômicas de redução de custos trabalhistas, que existiam independente de autorização legislativa. A súmula determinava que em todas as relações de trabalho, deveria ser respeitado o princípio da *ajenidad*, fazendo com que se formasse o vínculo diretamente

23 Considera-se o trabalho temporário como uma espécie do gênero terceirização.

com o tomador de serviços, inclusive com os entes da Administração Pública. A súmula excetuava de tal regra os casos já previstos em lei, qual seja, o do trabalho temporário e o do vigilante.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma novidade, vedando a contratação pela Administração Pública sem a formalidade do concurso público, o que deixou defasada a súmula 256, uma vez que surgiu nova hipótese de não formação de vínculo empregatício em virtude da terceirização ²⁴.

Cabe ressaltar a introdução do parágrafo único do 442 da CLT, através da Lei nº 8.949/94, estimulando a prática ilícita de cessão de mão-de-obra através das cooperativas.

No início da década de 1990, o TST editou a súmula 331 para rever a súmula 256, na medida em que esta mostrava as exceções à relação bilateral, mas não incluía a proibição de terceirizar na Administração Pública vinda com o advento da nova Constituição de 1988. No entanto, mais do que acolher a vedação constitucional da contratação pela Administração Pública sem concurso público, a súmula 331 capturou referências presentes no Decreto-Lei 200/67 e Lei 5.645, distinguindo atividade-meio da atividade-fim, e mais adiante, com a inserção de seu inciso IV, normatizou a natureza e extensão das responsabilidades de cada sujeito da relação terceirizada, inclusive se este sujeito fosse ente da Administração Pública. Em virtude da atualização trazida pela súmula 331 do TST, foi cancelada a súmula 256 do mesmo tribunal.

Na tese defendida por Karen Artur ²⁵, fica clara a posição dos membros do C.TST à época, sobre a normatização das relações jurídicas terceirizadas, uma vez que há o respeito ao princípio constitucional da separação de poderes, fazendo com que o TST não se manifeste na criação de novas normas jurisprudenciais sobre terceirização, mesmo que haja um consenso da necessidade de regulamentação deste fenômeno. Cabe, então, ao poder legislativo, estabelecer novos padrões de proteção ao trabalhador, acompanhando as mudanças no cenário econômico, ou, por outro lado, restringir tais relações, seguindo os princípios bilaterais que regem o Direito do Trabalho.

Godinho Delgado ressalta a necessidade de controle do processo de terceirização, como forma de evitar que o fenômeno “se transforme na antítese dos princípios, institutos e

24 A orientação jurisprudencial 321 da SDI-I do TST regula que este vínculo poderá ser formado caso o trabalhador tenha sido contratado antes da Constituição de 1988.

25 Artur, Karen. Op. cit.

regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental ²⁶”.

Atualmente estão em tramitação no Congresso Nacional três projetos de lei que versam sobre terceirização, estes projetos serão aprofundados em tópico específico.

1.4 Jurisprudência do TST

Diante das divergentes tendências, e principalmente da pressão por mudanças, acerca de normatizar os fatos que reincidentemente aconteciam na vida real, aumentando a tutela sobre tais fatos, o TST edita então a primeira norma sobre a terceirização, qual seja o Enunciado 256.

O Enunciado 256 tinha a seguinte redação: “salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância previstos na lei nº 6.019, de 03.01.74, e nº 7.012, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços”.

É interessante ressaltar que o enunciado 256 não autorizava a terceirização de atividade de asseio e conservação, por considerá-la essencial a qualquer empresa, visto que não pode haver locação de mão-de-obra em atividades essenciais. A parte final do enunciado expressa claramente a consequência jurídica de não se respeitar o enunciado, qual seja o da formação direta do vínculo com o tomador de serviços.

Julgados posteriores ao enunciado buscavam aumentar o rol de possibilidades da terceirização lícita, retirando algumas prestações de serviço da caracterização de atividade essencial.

Dessa maneira, iniciaram-se os precedentes que, avançavam mais ainda na extensão das possibilidades de se terceirizar de maneira legal, estabelecendo que a atividade meio da empresa poderia ser terceirizada, desde que esta tivesse o objetivo de motivar a

26 Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 432-433.

competitividade no mercado. A exemplo disso o ministro Francisco Fausto fala sobre um processo:

“Nós recebemos um processo muito complicado, onde a empresa mostrava ‘por a + b’ que as empresas da América do Sul estavam fazendo a terceirização naquele determinado setor. Mas, dentro desse processo, ficou provado que se a empresa não terceirizasse as atividades meio, perderia condições de competitividade com as outras empresas da América do Sul. A partir daí, o TST evolui para criar uma nova jurisprudência permitindo a terceirização em atividade meio. É possível, então, que isso tenha se desdobrado para o sistema financeiro etc., mas a raiz de tudo estava aí ²⁷”.

Atividades de limpeza e manutenção tiveram dificuldades para serem terceirizadas no serviço público por causa da exigência do concurso público. No entanto, o Ministério Público do Trabalho pediu ²⁸ a revisão do enunciado 256 do TST, argumentando ser difícil a realização do concurso público nas áreas de limpeza, telefonia, operação de elevadores, copa e gráfica, pois haveria aprovação de candidatos com nível superior, levando ao desemprego os empregados das prestadoras de serviços.

Diante da demanda não só do setor privado, mas também da administração pública, o TST, em 17 de dezembro de 1993, editou o enunciado 331, que fora ainda modificado no ano de 2000, sendo acrescentado o inciso IV ao enunciado. Sua atual redação é a seguinte:

“Contrato de prestação de serviços – legalidade – revisão do enunciado nº256.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (lei nº 6.019/74);

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional;

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (lei nº 7.013/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta;

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das

27 Artur, Karen. Ob. Cit. p. 103.

28 Ibid. p. 104.

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”.

A ampliação trazida pelo enunciado possibilitou que os serviços de “conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” (inciso III) fossem incluídos no rol da terceirização regular.

Para inúmeros autores, dentre os quais Karen Arthur e Maurício Godinho Delgado, o marco temporal entre a licitude e ilicitude da terceirização é a norma jurisprudencial do TST: Enunciado 331. O enunciado faz com que a terceirização lícita e ilícita possam ser conceitualmente diferenciadas. Terceirização lícita é a prestação de serviços que compreende a atividade meio com ausência de subordinação e ausência de pessoalidade. Enquanto que a atividade ilícita é a chamada locação ou intermediação de mão-de-obra. O ministro Ives Granda diferencia a simples empresa fantasma que só loca mão-de-obra, e a verdadeira empresa que tem equipamento, estabelecimento, e o único repasse é o produto ²⁹.

Existe uma forte demanda, atualmente pela ampliação da terceirização também da atividade fim, no entanto, baseando-se na visão de que o Direito do Trabalho deve proteger a integração do empregado à empresa, os ministros do TST limitam essa possibilidade apenas admitindo-a em casos excepcionais como serviços especializados e necessidade temporária, desde que haja previsão legal dessas possibilidades. A rigor, há instituto jurídico distinto (Lei 6.019, do trabalho temporário) que regula a substituição de mão-de-obra permanente nos caso em que há necessidade excepcional e temporária de trabalhadores.

A limitação imposta pelo TST gera dois tipos diferentes de interpretação. A primeira seria a de que, diante das pressões, o Judiciário preferiu eximir-se de quaisquer responsabilidades, e, por isso, repassou a problemática para o legislativo. Em contrapeso, entende-se que o gesto do Judiciário foi sem dúvida um repasse de responsabilidade, no entanto, esta atitude não deve ser criticada, já que devidamente baseada nos princípios constitucionais de separação dos poderes. Afinal, compete ao legislativo a edição de normas, e correta é a atitude do Judiciário ao respeitar a Carta Magna.

Diante do exposto, a possibilidade de ampliar a terceirização para a atividade fim da jurisprudência foi barrada também por pressões sindicais, e pelos argumentos de que os

²⁹ Artur, Karen. Op. cit. p. 105.

limites de ampliação devem ser estabelecidos em lei, que imponha limites e estabeleça o enquadramento sindical dos terceirizados ³⁰.

Nas entrevistas de Karen Artur, já citadas, a ministra Maria Cristina Irigoyen observa que a terceirização na atividade fim pulveriza a própria natureza da idéia da relação de emprego ³¹. Corretamente o faz a ministra já que, os conceitos de terceirização na atividade fim e o de relação de emprego não conseguem sobreviver no mesmo sítio jurídico, uma vez que um conceito anula o outro.

1.5 Análise dos projetos de lei em tramitação

Como já exposto anteriormente, tendo em vista a crescente utilização da técnica de terceirização pelos administradores no Brasil, a legislação foi verdadeiramente atropelada pela realidade.

Visando proteger o trabalhador, de maneira distorcida, o legislativo, por muito tempo, simplesmente ignorou o fenômeno da terceirização, deixando cada vez mais vulneráveis os trabalhadores envolvidos nesta modalidade de contratação.

Somente na última década foram oferecidos três projetos de lei em relação à matéria, em 1998, 2004 e 2007, que serão analisados adiante. Cabe ressaltar que na análise feita são consideradas dois tipos diferentes de regulamentação da terceirização. A priori, a terceirização trata especialmente do contrato de trabalho temporário – o que pode ser localizado em apenas um projeto de lei. Em seguida, trata-se da terceirização genérica enquanto contrato de prestação de serviços a terceiros.

No final da década de 1990, em 1998, foi proposto o primeiro ³² projeto de lei com enfoque na matéria em destaque, oferecido pelo Poder Executivo, à época Fernando Henrique Cardoso, de nº 4.302 de 1998. O projeto proposto em 1998 foi veementemente criticado pela

30 Artur, Karen. Op. cit. p. 126.

31 Ibid. p. 116.

32 Outras leis foram editadas nesse tempo, no entanto foram leis específicas que não preencheram a real necessidade de regulamentação do fenômeno da terceirização.

classe trabalhadora, por meio de suas entidades sindicais, em especial pela CUT. Em 2003, o então Presidente da República apresentou pedido de retirada do projeto. No entanto, a mensagem 389 de 2003 com o pedido de retirada ainda não foi apreciada, e a proposição 4.302/1998 continua tramitando pela Câmara dos Deputados, inclusive com Substitutivo do Senado Federal. Atualmente, após passar pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), o projeto de lei recebeu parecer do Deputado Sandro Mabel (PR-GO), aprovado na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) da Câmara dos Deputados. Atualmente ³³, no sítio da Câmara dos Deputados, na página de acompanhamento do projeto, consta que a CTASP aguarda encaminhamento do parecer ao CCJC, e que o Plenário da Câmara dos Deputados está pronto para a pauta.

Em suma, o projeto de lei nº 4.302 de 1998 visa modificar artigos da atual lei do trabalho temporário e inovar com regras para a empresa de prestação de serviços. As críticas surgem em torno da ampliação das possibilidades de incidência do trabalho temporário, que afastam o caráter extraordinário estabelecido pela atual legislação sobre o assunto. Ademais, o projeto de lei proposto em 1998, autoriza o trabalho temporário de atividade-meio e de atividade-fim, confrontando o entendimento atual sumulado pelo TST. Ainda cabe ressaltar a ampliação da duração do contrato de trabalho temporário proposta pelo projeto de lei, que passaria de três para seis meses, podendo ainda ser prorrogado por mais três meses se atendidos os pressupostos do próprio contrato temporário ³⁴.

Mais tarde, em 2004, o deputado Sandro Mabel (PL-GO) propôs novo projeto de lei (PL 4.330/2004) referente à terceirização. O mesmo deputado, já havia sido relator do projeto de lei nº 4.302/1998, ao qual apresentou conjunto de emendas, como supracitado. Em sua justificativa para propositura deste novo projeto de lei, ele coloca o projeto de 1998 como origem para o novo, de 2004, alegando que depois de cinco anos de tramitação, o projeto de 1998 teve sua retirada solicitada pelo Poder Executivo. Ressalta-se que ambos os projetos de lei encontram-se em tramitação paralelamente. Consta no sítio da Câmara dos Deputados ³⁵, que o projeto de lei 4.330/2004 está na CTASP aguardando parecer.

O projeto de lei sobre terceirização de 2004, de acordo com seu proponente, visa aproveitar as contribuições oferecidas por todos os que participaram dos debates do projeto de

33 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

34 Os pressupostos para a autorização do trabalho temporário são os mesmos para se prorrogar a duração do mesmo.

35 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

1998 - solicitada sua retirada em 2003 -, e tem diferenças em relação ao projeto anterior. Foram excluídos os dispositivos que tratavam do trabalho temporário, restando somente a prestação de serviços a terceiros.

O projeto de lei nº 4.330 inova ao permitir a terceirização, quando diz que a “empresa prestadora de serviços (...) subcontrata outra empresa para realização desses serviços ³⁶”. A responsabilidade do tomador de serviços é subsidiária pelas obrigações trabalhistas. Nestes dois pontos, da terceirização e da responsabilidade subsidiária, o legislador precariza a relação de trabalho, pois incentiva o processo de terceirização nas relações de trabalho, desviando o foco da relação bilateral preconizada pelo Direito do Trabalho.

Por outro lado, o projeto de lei proposto em 2004, não abandona totalmente o trabalhador, já que prevê recolhimento de contribuição sindical à categoria correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante, o que oferece ao terceirizado uma representação sindical. Tal projeto exclui serviços de vigilância e transporte, que estão regulados por legislação especial, e a prestação de serviços de natureza doméstica, bem como prevê multa administrativa de quinhentos reais por trabalhador prejudicado como punição para as infratoras.

Uma década após a primeira propositura de projeto de lei referente à terceirização, foi proposto um terceiro projeto, de nº 1.621 de 2007, este de iniciativa do Deputado Vicente Paulo da Silva do PT de São Paulo. O deputado petista baseou-se em experiências vividas pela Central Única de Trabalhadores, que contribuiu para o projeto com suas diretrizes e propostas. O proponente justifica a iniciativa de novo projeto de lei baseando-se no fato de que a inexistência de uma legislação específica que regule a terceirização faz com que a Súmula 331/TST seja a principal referência jurídica no assunto. E, por basearem-se no posicionamento sumulado do TST, as decisões judiciais ainda são contraditórias quanto à sua interpretação. Atualmente ³⁷, o projeto encontra-se na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) aguardando parecer.

A grande novidade deste projeto de lei foi especificar expressamente para quais pessoas as normas de direcionam, qual sejam, às empresas do setor privado e às sociedades de economia mista. Este projeto teve o cuidado de conceituar as palavras ‘terceirização’,

³⁶ Parágrafo 1º do artigo 2º do Projeto de lei nº 4.330 de 2004.

³⁷ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

‘tomadora’ e ‘prestadora’, para que assim não restem dúvidas sobre objeto e sujeitos da relação jurídica. Cabe ressaltar que ao conceituar a ‘prestadora’, o legislador não utilizou a palavra ‘subcontratar’ como em projeto de lei anterior, não admitindo o fenômeno da quarteirização.

Seguindo as orientações do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, o projeto de lei de 2007 veda expressamente a terceirização na atividade-fim, conceituando-a.

A representação sindical do terceirizado no projeto de lei nº 1.621/2007 está presente através de dois dispositivos próprios: o primeiro que dispõe sobre a obrigatoriedade de informar ao sindicato respectivo da categoria profissional sobre os projetos de terceirização, e o segundo que assegura a representação administrativa e judicial dos sindicatos das categorias profissionais, na qualidade de substituto processual. Estes dispositivos trazem claramente maior proteção ao trabalhador terceirizado, e alcança um dos objetivos tão almejados com a normatização do assunto.

Por fim, este projeto de lei além de prever multa administrativa ao tomador e ao prestador infratores, prevê o aumento desta sanção em caso de reincidência.

Resumindo, o projeto de lei nº 4.302 de 1998 visa modificar artigos da atual lei do trabalho temporário e inova com regras para a empresa de prestação de serviços, e os projetos de lei nº 4.330/2004 e nº 1.621/2007 dispõem sobre o contrato de prestação de serviços a terceiros, sendo este, em especial, específico para o setor privado e para sociedades de economia mista.

A seguir serão analisados pontos comparativos importantes para a visualização de cada proposta de regulamentação da terceirização.

Apesar de não ser o primeiro dispositivo de cada projeto de lei, a responsabilidade decorrente do processo de terceirização encontra importância fundamental na análise de cada projeto. É através da responsabilidade trabalhista que se observa a tendência liberal ou protetora do projeto de lei.

No projeto de lei de 1998, inicialmente ³⁸, se previu a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias tanto para o trabalho temporário quanto para a prestação de serviços de terceiros.

No projeto de lei de 2004, a responsabilidade do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas é também subsidiária, cabendo ação regressiva contra a prestadora de serviços devedora; nos casos de quarteirização, permitida pelo projeto de 2004, a responsabilidade é solidária ³⁹ entre a contratante e a subcontratante.

No projeto de 2007, a responsabilidade do tomador de serviços é solidária pelas obrigações trabalhistas, previdenciárias e quaisquer outras, independente de culpa, inclusive nos casos de falência. Ainda ressalta, o projeto de lei nº 1.621, que é obrigatório o controle, por parte da contratante, do pagamento devido das obrigações trabalhistas, e que, na ocorrência de atraso de pagamento, o mesmo será honrado pela contratante.

Observa-se então que o projeto de lei nº 1.621/2007 é o que oferece maior proteção em relação à segurança jurídica das obrigações trabalhistas, já que o tomador de serviços terá maior controle ao contratar a prestadora, sob pena de se responsabilizar financeiramente de acordo com a *culpa in contrahendo, in eligendo e in vigilando*.

A modificação trazida pelo último projeto em relação à súmula 331/TST sobre responsabilidade, faz com que o controle fiscalizatório seja muito mais eficiente, já que, na falta de fiscalização, a própria contratante que se prejudica, inibindo a prática da terceirização e acima de tudo protegendo o trabalhador individual de todo o processo de intermediação de mão-de-obra.

Outro ponto importante a ser analisado em cada projeto de lei é o que versa sobre conceitos envolvidos no fenômeno da terceirização. Em relação aos conceitos, observa-se que o projeto de lei nº 1.621/2007 é o mais completo, já que oferece não só os conceitos de ‘prestadora’ e ‘tomadora’ (ou ‘contratante’) - presentes em todos os projetos – como também

38 O projeto do Poder Executivo, que altera a Lei de Trabalho Temporário e regula a prestação de serviços a terceiros já havia sido aprovado na Câmara em dezembro de 2000 e encaminhado ao Senado que o aprovou na forma de substitutivo (PLC 3 de 2001). O parecer do deputado Sandro Mabel (PR/GO), relator na CTASP, acolheu na íntegra o texto aprovado no Senado. No entanto, por acordo, a Comissão do Trabalho aprovou o parecer com destaques para a restauração da responsabilidade solidária para a empresa contratante pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços.

39 Na responsabilidade subsidiária a prestadora de serviços responde de maneira direta, e caso não seja alcançado o montante das verbas devidas, responsabilizasse secundariamente a empresa tomadora. Na responsabilidade solidária, o prestador e o tomador respondem pelas verbas trabalhistas igualmente, não há ordem de preferência para cobrança em juízo das verbas trabalhistas devidas.

evidencia os conceitos de ‘terceirização’ e de ‘atividade-fim’. O projeto de 1998, por também tratar de trabalho temporário, tem o diferencial de conceituar elementos específicos do contrato temporário, qual sejam, ‘empresa de trabalho temporário’, ‘empresa tomadora de serviços ou cliente’, e ‘trabalhador temporário’. No quadro abaixo é possível comparar os conceitos da relação de prestação de serviços a terceiros propostos pelo legislador em cada projeto de lei.

CONCEITOS	PL 4.302/1998	PL 4.330/2004	PL 1.621/2007
Empresa de prestação de serviços a terceiros/ Prestadora	A pessoa jurídica de direito privado, legalmente constituída, que se destina a prestar determinado e específico serviço para outra empresa, fora do âmbito das atividades-fim e normais da tomadora dos serviços.	É a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos; a empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.	Pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade especializada e que, assumindo o risco da atividade econômica, contrata, assalaria e comanda a prestação de serviços para uma tomadora.
Contratante/ Tomadora	A pessoa física ou jurídica que celebrar contrato com empresa de prestação de serviços a terceiros com a finalidade de contratar serviços.	Pessoa física ou jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados e específicos com empresa prestadora de serviços a terceiros.	Pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista que contrata serviços de outra pessoa jurídica prestadora.
Terceirização	Não tem.	Não tem.	Transferência da execução de serviços de uma pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista para outra pessoa jurídica de direito privado.
Atividade-fim	Não tem.	Não tem.	O conjunto de operações, diretas e indiretas que guardam estreita relação com a finalidade central em torno da qual a empresa foi constituída, está estruturada e se organiza em termos de processo de trabalho e núcleo de negócios.

Para passar ao próximo ponto de análise, faz-se necessário lembrar que o entendimento sumulado do TST de nº 331 atenta para a formação de vínculo de emprego

quando o contrato de terceirização for formado em atividade-fim da empresa, logo conclui-se que a terceirização lícita, de acordo com a jurisprudência, é somente aquela realizada em atividade-meio da empresa, desde que ausentes a pessoalidade e a subordinação direta.

No entanto, não é exatamente isso que propõem alguns dos projetos de lei que estão em tramitação.

O primeiro, de 1998, apesar de inserir no conceito de ‘empresa de prestação de serviços a terceiros’ uma vedação à atividade-meio na terceirização de prestação de serviços a terceiros, libera tanto a atividade-meio quanto a atividade-fim para serem terceirizadas através do contrato temporário.

O segundo projeto, de 2004, não é transparente ao dizer que “o contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante ⁴⁰”. O texto do projeto não deixa claro o que são atividades inerentes, acessórias ou complementares, estimulando uma ampla interpretação, e, assim, permitindo as terceirizações tanto na atividade-meio quanto na atividade-fim da empresa.

O único projeto em sintonia total com a jurisprudência trabalhista, conforme já citado, é o terceiro, de 2007. Este último projeto apresentado é direto ao prever, em dispositivo próprio, a vedação expressa da terceirização da atividade-fim da empresa. Essa proibição de terceirizar na atividade-fim da empresa é fundamental para que não haja o rompimento clássico da bilateralidade contratual do Direito do Trabalho.

O novo ponto de abordagem na análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional diz respeito à presença da pessoalidade e subordinação nas relações de terceirização, que, pela jurisprudência trabalhista, está diretamente ligado ao conceito de atividade-meio da empresa. O inciso VI, da súmula 331/TST, libera a terceirização na atividade-meio desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Nas propostas de regulamentação não há norma seguindo a regra atual.

No contrato temporário, o projeto de lei 4.302 de 1998, permite que haja subordinação na relação terceirizada entre o trabalhador temporário e a empresa tomadora ou cliente, ao estabelecer que ‘a empresa de trabalho temporário transfere o poder diretivo sobre os seus trabalhadores à empresa tomadora de serviço ou cliente ⁴¹’. Na realidade, ao liberar a

40 Artigo 4º, parágrafo 2º, do Projeto de Lei 4.330, de 2004.

41 Artigo 6º, parágrafo 1º, do Projeto de Lei nº4.302 de 1998.

terceirização na atividade-fim e na atividade-meio da cliente tomadora do contrato de trabalho temporário ⁴², o projeto de lei acaba por eliminar qualquer critério de inibição do trabalho temporário, fazendo com que o próprio caráter extraordinário do serviço seja ultrapassado.

No que diz respeito aos contratos de prestação de serviços a terceiros, abordados pelos três projetos de lei, observa-se que nenhuma proposta se iguala a entendimento jurisprudencial atual.

No primeiro projeto, de 1998, a pessoalidade sequer é mencionada, enquanto que a subordinação é expressamente vedada na relação entre a tomadora e o trabalhador. Isto leva a crer que a simples existência de subordinação na terceirização gera vínculo empregatício. Ainda no projeto de 1998, dispositivo próprio ressalta que a presença dos elementos constitutivos da relação de emprego previstos na CLT ou ocorrência de desvio de função, também configuram vínculo empregatício entre a tomadora e o trabalhador ⁴³.

O segundo projeto, de 2004, por sua vez, como supracitado, deixa dúvidas com relação vedação à prática de terceirização na atividade-fim, por isso, pela análise, libera a terceirização independente da atividade realizada. Se a súmula, ao liberar a atividade-meio, colocava como condição a ausência de pessoalidade, o projeto de lei nº 4.330, autoriza a terceirização com pessoalidade na prestação de serviços a terceiros. Em dispositivo próprio, o projeto propõe que diferentes prestadoras de serviços a terceiros possam prestar serviços à mesma contratante de forma consecutiva através de trabalhador específico. Neste projeto de lei não é mencionada de nenhuma forma a subordinação e o vínculo de emprego é expressamente vedado, em qualquer hipótese, entre a tomadora e o trabalhador.

O terceiro projeto, de 2007, é o único que trata dos dois elementos: pessoalidade e subordinação. Há, como já dito, vedação expressa à terceirização na atividade-fim da empresa tomadora. Há também vedação expressa à existência de subordinação na relação entre a tomadora e o trabalhador ⁴⁴. E por fim, o projeto de lei também é claro ao vedar a exigência

42 Artigo 6º, parágrafo 2º, do Projeto de Lei nº 4.302 de 1998: ‘O trabalhador temporário pode atuar tanto na atividade-meio quanto na atividade-fim da tomadora de serviço ou cliente’.

43 Art. 22, do Projeto de Lei nº 4.302 de 1998: “Presentes os elementos constitutivos da relação do emprego previstos na CLT, configurar-se-á o vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores colocados à sua disposição pela empresa de prestação de serviços a terceiros, o mesmo ocorrendo quando o trabalho por eles prestado caracterizar desvio de função”.

44 Art. 7º, inciso IV, do Projeto de Lei nº 1.621 de 2007: “os empregados da prestadora não poderão ser subordinados ao comando disciplinar e diretivo da tomadora”.

pela tomadora de personalidade na prestação de serviços, o que acaba por estabelecer que, a critério da prestadora, pode haver personalidade na prestação de serviços sem que para isso ocorra o vínculo empregatício entre tomadora e trabalhador. Conclui-se então que o projeto de lei nº 1.621/2007 propõe como lícita a terceirização em atividade-fim, permitida a personalidade, desde que ausente a subordinação. O vínculo, então, fica estabelecido se ultrapassado tais limites, se realizado na atividade-fim ⁴⁵, ou caso estejam presentes os elementos que caracterizam a relação de emprego – ressalvados os casos que exigem concurso público para sua admissão ⁴⁶.

Questão muito abordada nas análises mais protetivas que defendem a regulamentação da terceirização com objetivo de retirar o trabalhador do limbo econômico, a representação sindical é abordada em três projetos de lei.

Nos contratos de trabalho temporário do projeto de lei nº 4.302, a representação sindical é garantida, já que consta como requisito para o funcionamento da empresa de trabalho temporário, a prova de recolhimento de contribuição sindical. Resta saber se o trabalhador temporário pertence a uma nova categoria específica ou se ele se encaixa na categoria para qual presta serviços. Entende-se, neste trabalho, que, para fins de igualdade de condições, ele deve estar incluso na categoria para o qual presta serviços.

A prestação de serviços a terceiros do projeto de lei de 1998 não menciona nenhuma possibilidade de representação sindical.

Já os projetos de 2004 e 2007 o fazem. O projeto de 2004 prevê o recolhimento da contribuição sindical ao sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante, e de maneira proporcional ao período em que foi colocado à disposição da empresa contratante, consistindo na importância correspondente a um doze avos da remuneração de um dia de trabalho por mês de serviço ou fração superior a quatorze dias. O projeto de 2007, não prevê a contribuição sindical, no entanto, possui dispositivo próprio que expressamente assegura a representação sindical administrativa e judicialmente, na qualidade de substituto processual, prevê prévia informação

45 Art. 3º, do Projeto de Lei nº 1.621 de 2007: “É proibida a terceirização da atividade-fim da empresa. § 2º - Na atividade fim da empresa não será permitida a contratação de pessoa jurídica, devendo tais atividades serem realizadas somente por trabalhadores diretamente contratados com vínculo de emprego”.

46 Art. 10, do Projeto de Lei nº 1.621 de 2007: “Haverá vínculo empregatício entre a tomadora e os empregados da prestadora, sempre que presentes os elementos previstos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que caracterizam a relação de emprego - ressalvados os casos que exigem concurso público para a sua admissão, sem prejuízo do previsto no caput e § 1º do artigo 9º”.

ao sindicato da categoria profissional da pretensão de terceirizar, e ainda, prevê a constituição de uma comissão formada também por membros do sindicato para o acompanhamento dos contratos de prestação de serviços.

O Direito do Trabalho tem por concepção clássica estimular a formação de vínculos de emprego decente em busca da proteção da parte hipossuficiente. Assim, para proteger o trabalhador de acordo com os princípios justralhistas, faz-se necessária a constante inibição à prática da terceirização, em especial àquela voltada para a redução de custos. No entanto, os projetos de lei de 1998 e 2004 além de prever a terceirização, autorizam o fenômeno da quarteirização, que é a subcontratação de serviços pela empresa prestadora de serviços a terceiros. O projeto de 2007, pelo contrário, proíbe expressamente a contratação de prestadoras constituídas com a finalidade de fornecer mão-de-obra, ressalvados o trabalho temporário e os serviços de vigilância, asseio e conservação.

Todos os projetos de lei em tramitação contam com previsão de multa como punição às empresas infratoras ⁴⁷.

Com relação à matéria do presente trabalho, a terceirização na Administração Pública, não há expectativa de regulamentar o assunto por inteiro no Congresso Nacional, no entanto, o primeiro passo já foi dado ao incorporar a sociedade de economia mista no projeto para o setor privado. Entre os demais projetos, somente um menciona a hipótese de terceirização no setor público, e direciona a regulamentação desta possibilidade ao artigo 71 da Lei 8.666 de 1993:

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

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

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”.

O quadro comparativo dos projetos de lei pode ser visualizado didaticamente no Anexo A deste documento.

⁴⁷ Na PL 4.302/1998, consta previsão de multa para as infrações relativas ao contrato de trabalho temporário, no entanto não há a mesma previsão para as terceirizações de prestação de serviços a terceiros.

Ao analisar os três projetos pode-se observar claramente a tendência de precarização das relações de trabalho nas duas primeiras propostas, enquanto que a mais atual é mais protetora das relações laborais.

Conclui-se que, para a proteção do trabalhador, o projeto ideal seria o de nº 1.621 de 2007, no entanto, ainda restariam muitas lacunas com necessidade de serem preenchidas. Aguarda-se, com grande apreensão, os próximos andamentos dos projetos propostos, na expectativa de que propostas inibidoras da terceirização surjam, que haja regulamentação da terceirização na Administração Pública, e que, principalmente, a terceirização seja tratada como exceção e não como regra.

1.6 Tipos de terceirização

Alice Monteiro de Barros ⁴⁸, Maurício Godinho Delgado e Karen Artur classificam as terceirizações como lícitas e ilícitas. Vólia Bomfim abrange a análise das classificações da terceirização e ainda diverge de Alice e Godinho Delgado. A magistrada classifica-as como: permanente ou temporária; em atividade-fim ou atividade-meio; voluntária ou obrigatória; regular ou irregular.

Maurício Godinho Delgado ressalta que a terceirização lícita só é admitida em quatro situações-tipo, devidamente delimitadas pela orientação jurisprudencial nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Ressalta-se que no inciso III da referida súmula, a terceirização só será lícita se inexistir pessoalidade e subordinação. Segundo ele, o que não fizer parte da autorização dada pela jurisprudência trabalhista para terceirizar é automaticamente considerada terceirização ilícita, pois ‘não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não-eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, caput, e 3º, caput, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida’⁴⁹.

48 Barros, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2005. p. 423-429.

49 Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 440-444.

Karen Artur também usa a nomenclatura lícita e ilícita, no entanto, o conceito usado para descrevê-los é o mesmo usado por Vólia Bomfim ao optar pelos conceitos de terceirização regular e a irregular. Para Karen Artur, a terceirização lícita é a prestação de serviços que compreende a atividade meio com ausência de subordinação e ausência de pessoalidade. Enquanto que a atividade ilícita é a chamada locação de mão-de-obra ⁵⁰.

Vólia Bomfim oferece novas formas de classificar as terceirizações, explicando cada uma delas ⁵¹. Para a autora terceirização permanente é aquela onde a lei autoriza a contratação sem prazo de término. Nestes casos, a necessidade da empresa a ser preenchida é de cunho permanente. Por outro lado, a terceirização temporária é usada para atender demanda de curto período, de cunho eventual, a exemplo da terceirização autorizada pela Lei 6.019/74.

Já a terceirização de atividade-meio é a regra, como determina o inciso III da decisão sumulada nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e ocorre quando o serviço prestado não faz parte da atividade final do empregador real. Caso a finalidade da atividade empresarial seja exercida por meio de mão-de-obra terceirizada, será verificada a terceirização de atividade-fim. A Lei 6.019/74 autoriza a contratação de mão-de-obra para atividade-fim desde que seja para a substituição de pessoal regular e permanente.

A terceirização voluntária é aquela onde a empresa opta por terceirizar. Ele tem a possibilidade de utilizar os serviços de terceiros e o faz se quiser. Na terceirização obrigatória, o empregador é obrigado pela lei a contratar através de prestadora de serviços. Este caso só existe na terceirização de serviços de vigilância, onde se pretende evitar a formação de exércitos particulares.

Por fim, Vólia Bomfim classifica as terceirizações como regulares ou irregulares, segundo ela, porque ‘não há lei que as proíba e nem todas se enquadram nos contornos apontados por Alice e Godinho, bastando analisar o caso das subcontratações de atividade-fim que não geram o vínculo por ausentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT. Neste caso, a terceirização não infringiu nenhuma lei nem fraudou nenhum direito, mas é irregular, por ser de atividade-fim’. O quadro abaixo ⁵² demonstra claramente a lógica de Vólia Bomfim:

50 Artur, Karen. Op. cit. p. 105.

51 Cassar, Vólia Bomfim. Op. cit. p. 497 e 498.

52 Cassar, Vólia Bomfim. Op. cit. p. 498.

Terceirização	Regular	Prevista em lei.	
		Não prevista em lei, mas em atividade-meio, quando ausentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT.	
	Irregular	Ilícita	Quando fere a lei.
			Quando praticada em fraude ao direito.
		Atividade-fim	Ausentes os requisitos da CLT.
		Administração Pública	Atividade-fim – necessidade de contratação urgente.

De acordo com o quadro acima transcrito elaborado por Vólia Bomfim, a terceirização regular é gênero, da qual são espécies a terceirização prevista em lei (terceirização legal) e a não prevista em lei, mas em atividade-meio, quando ausentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT. Enquanto a terceirização irregular é gênero que compreende as espécies: terceirização ilícita (quando a lei fere a lei ou quando praticada em fraude ao direito), terceirização da atividade-fim (ausentes os requisitos da CLT), e terceirização na administração pública (atividade-fim e necessidade de contratação urgente).

A terceirização regular é caracterizada pela atividade-meio, desde que ausente a personalidade e a subordinação entre o obreiro e o tomador de serviços, ou quando a Administração contratar por licitação uma empresa prestadora de serviços, desde que não seja fraude ao concurso público⁵³.

A terceirização irregular não é ilícita, pois a lei não a proíbe, no entanto viola princípios justralhistas básicos ou normas administrativas. A exemplo, a impossibilidade de formação de vínculo empregatício com a Administração Pública apesar de presente a personalidade; ou, apesar de a terceirização ser na atividade-fim, a falta de personalidade (em razão da rotatividade, impede a caracterização do vínculo).

1.7 Efeitos da terceirização irregular

⁵³ A contratação por licitação de uma empresa de prestação de serviços pela Administração Pública deve ser utilizada excepcionalmente para que não substitua a contratação através de concurso público, afrontando norma constitucional.

Os efeitos gerados pela terceirização irregular dependerão do caso em análise. Em alguns casos será aplicada a nulidade especial trabalhista, em outros esta nulidade será aplicada em parte, e existirão casos em que não será possível a aplicação da nulidade justrabalhista, deixando a solução para a nulidade civilista clássica. Para Mauricio Godinho Delgado, nulidade “é a invalidação da existência e/ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente em virtude de se chocar com regra jurídica imperativa ⁵⁴”. Ainda para Aroldo Plínio Gonçalves, a nulidade é a “consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir ⁵⁵”.

De acordo com o direito civil, as nulidades podem ser absolutas ou relativas. As características de uma não se confundem com as da outra pelo simples fato de serem o oposto uma da outra. A nulidade absoluta afronta norma de ordem pública, já a nulidade relativa é gerada quando o ato jurídico afronta norma de ordem privada; a nulidade absoluta pode ser alegada tanto pelas partes quanto pelo juiz de ofício, a qualquer tempo, enquanto que a relativa só poderá ser alegada pelas partes interessadas; a nulidade absoluta não preclui, convalida ou prescreve, a relativa, se não for alegada no tempo exigido por lei, prescreve; os efeitos gerados pela nulidade absoluta retroagem à data da decisão judicial, atingindo o contrato desde seu início, e os efeitos gerados pela nulidade relativa não retroagem, pois só são produzidos a partir da decisão que determina a nulidade relativa do ato.

O direito do trabalho adaptou ambas as teorias de nulidade aos seus casos concretos, uma vez que se viu diante da necessidade de proteger o hipossuficiente e resguardar seus direitos trabalhistas. Cria-se pois um sistema específico de nulidades trabalhistas.

No mundo do Direito do Trabalho, pelo contrário, a nulidade não retroage, independente de ferir norma privada ou pública, isto porque, é inviável a devolução do labor efetivamente cumprido. O objeto do contrato de trabalho é a força de trabalho, de maneira que a prestação obreira é completamente quitada com o cumprimento dos serviços não podendo ser devolvida as partes, sendo impossível o retorno ao *status quo* anterior. Por esta razão respeita-se “a situação fático-jurídica já vivenciada, e verificada a nulidade comprometedora

54 Delgado, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 509.

55 Gonçalves, Aroldo Plínio. Nulidades no Processo. Rio de Janeiro: Aidé, 1993. p. 12.

do conjunto do contrato, este, apenas a partir de então, é que deverá ser suprimido do mundo sócio-jurídico ⁵⁶”.

O jurista Mauricio Godinho Delgado se posiciona quanto à aplicabilidade da teoria justralhista da nulidade, esta retrocitada, que não retroage ao início do contrato de trabalho. Godinho Delgado afirma que os diferentes aspectos do tipo de bem jurídico afrontado e o tipo de defeito emergente tendem a ensejar uma gradação relativa no que toca à aplicação dessa teoria especial das nulidades. Diante disso, a teoria pode ser plenamente aplicada, restritivamente aplicada ou simplesmente não ser aplicada, dependendo do caso concreto ⁵⁷.

A plena aplicação da teoria especial trabalhista sobre nulidades é aplicada em situações em que haja defeito jurídico formal de capacidade das partes, ou defeito referente a forma do contrato. Sendo assim, os efeitos só serão aplicados a partir da decretação da nulidade, sendo válido todos os atos anteriores à nulidade.

Entre aplicar-se a teoria justralhista ou a teoria civilista clássica existe uma gama de casos concretos onde pode ser feita uma aplicação restrita da teoria especial trabalhista. Quando a irregularidade do bem jurídico atinge interesse do obreiro a aplicação da teoria especial é plena. No entanto, a aproximação do bem tutelado ao interesse público, a tendência é que se aplique com restrição a teoria especial justralhista.

Há situações em que o grau de nulidade é tão intenso, que não se pode aplicar a teoria justralhista da nulidade. Nestes casos, o choque se dá a bem social de extrema importância, ultrapassando a proteção conferida pelo direito do trabalho. Ressalta-se que o meio jurídico sequer atribui o valor-trabalho tutelado pela Constituição a situações deste gênero. Elas são consideradas atividades ilícitas e por isso a nomenclatura trabalho ilícito ⁵⁸. Segundo Godinho Delgado, são ‘atividades que conspiram francamente contra o interesse público’ ⁵⁹, portanto retornam ao império da teoria da nulidade do direito comum, sem qualquer influência especial justralhista na relação sócio-econômica entre as partes.

56 Delgado, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 510.

57 Delgado, Mauricio Godinho. Ob. cit. p.510 .

58 Ilícito é o trabalho que compõe um tipo legal penal ou concorre diretamente para ele; irregular é o trabalho que se realiza em desrespeito a norma imperativa vedatória do labor em certas circunstâncias ou envolvente de certos tipos de empregados. Embora um trabalho irregular possa também, concomitantemente, assumir caráter de conduta ilícita (exercício irregular da medicina, por exemplo), isso não necessariamente se verifica. Godinho, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 501.

59 Delgado, Mauricio Godinho. Ob. cit. p. 513.

Diante de todo o exposto neste capítulo primeiro, no qual estabelecemos uma abordagem geral sobre o instituto da terceirização das relações de trabalho, de modo a concluir que ainda restam vazios presentes no Direito a serem analisadas e preenchidas de acordo com os princípios e com os fatos sociais recorrentes na atualidade. As divergências e confrontos analisados exprimem os diversos interesses presentes na sociedade brasileira. O Direito precisa se compatibilizar com o progresso, mas sem perder a sua base democrática, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. O trabalhador terceirizado é sim um desigual perante uma economia cada vez mais liberal e cabe ao Estado assegurar a igualdade da relação trabalhista.

Ainda há pouca discussão sobre a terceirização em geral atualmente, nos próximos capítulos analisaremos a experiência do fenômeno no direito público, onde entraves constitucionais fazem parte da massa inibidora, e o funcionamento deste instituto no caso concreto da realidade brasileira.

Capítulo 2 Terceirização na Administração Pública

Apresentando o tema da terceirização, passamos à especificidade do assunto examinando as contratações de pessoal terceirizado pela Administração Pública direta, indireta, autárquica ou funcional.

O grande diferencial encontrado nas terceirizações realizadas no serviço público é o óbice do concurso público, previsto constitucionalmente, que obste o reconhecimento do vínculo de emprego do trabalhador diretamente com o tomador de serviços, e se ultrapassado, acaba por gerar desobediência a Carta Magna, infringido a Lei Maior do Estado brasileiro.

Este capítulo apresenta os princípios constitucionais relacionados ao serviço público que versam sobre formalidades impostas a todos os cidadãos comuns brasileiros para ingresso nos empregos administrativos da máquina pública nacional. Muito importante, a acessibilidade ao serviço público vem em tópico próprio, sendo condicionada a requisitos especiais para que seja oferecida aos residentes em território nacional. Dentre eles, o concurso

público também recebe destaque, uma vez que é o grande óbice às terceirizações no setor público.

Mais adiante, são apresentadas as possibilidades de ocorrência de um contrato irregular na Administração Pública, já que pequenos detalhes no processo formal podem gerar irregularidades insanáveis. O ponto seguinte discorre sobre os efeitos gerados pela inobservância do procedimento correto, que, no caso da Administração Pública, por defender interesse público, devem ser rígidos na aplicação da nulidade.

E para identificar o ator responsável pelas obrigações trabalhistas do empregado envolvido, o capítulo finaliza com a análise das responsabilidades de acordo com o atual entendimento dos tribunais, já que não há regulamentação que defina concretamente as responsabilidades decorrentes do contrato irregular de trabalho terceirizado, quiçá no âmbito da Administração Pública.

2.1 Princípios Constitucionais

2.1.1 Acessibilidade ao Serviço Público

Acessibilidade é o conjunto de regras e princípios que normatizam o ingresso de pessoas no serviço público. Carmem Lúcia Antunes Rocha ⁶⁰ acrescenta ainda um segundo significado à palavra acesso no direito público, qual seja, a promoção a um cargo superior dentro de uma carreira.

O princípio da acessibilidade decorre dos princípios democráticos informadores da organização do Poder Público no Estado de Direito como hoje concebido, porque é através dele que o cidadão pode atuar diretamente no exercício do poder público, administrando e gerindo diretamente a coisa pública em nome de todos que formam a sociedade estatal.

⁶⁰ Rocha, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 143.

Os princípios que fundamentam o direito à acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos são: o princípio da participação política, posto que “a titularização dos cargos públicos constitui uma forma de participação real na estrutura do Poder ⁶¹”; em segundo lugar o princípio republicano, visto que na República, “não se podem prover os cargos públicos sem a sua oferta a todos os cidadãos, aos quais se garanta o direito de acender a eles desde que cumpridas as condições legais determinadas e necessárias para o seu bom desempenho, em benefício do interesse público ⁶²”; e, por fim, no princípio da igualdade jurídica ⁶³, onde “os cidadãos contam com os mesmos direitos e, especialmente, as mesmas oportunidades para se realizarem em suas vocações e em seus interesses”; dentre outros que se reúnem no esboço constitucional da democracia contemporânea ⁶⁴.

O princípio da acessibilidade aos cargos públicos é reflexo da constituição vigente à época, nas palavras de Carmem Lúcia, este princípio “é contemporâneo ao constitucionalismo positivo moderno, desde que comprovado objetivamente o atendimento pelo interessado das condições estabelecidas juridicamente para o perfeito cumprimento das funções ⁶⁵”.

Baseada literalmente pela Declaração Francesa de 1789, a primeira Carta Fundamental do Brasil, de 1824, já colocava o princípio da acessibilidade no constitucionalismo brasileiro. Seu art. 179, 14, dizia: “Todo o cidadão pode ser admitido aos cargos públicos, civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes”.

A Constituição da República de 1891 também inseriu regra contendo o princípio da acessibilidade, com uma pequena diferença em relação ao texto do Império: enquanto, em 1824, o princípio da acessibilidade era um dos incisos do art. 179, onde estavam os direitos fundamentais dos brasileiros, em 1891, com o início da República Constitucional, o mesmo princípio foi arrolado na seção de ‘declaração de direitos’, em um dispositivo próprio. Foi

61 Ibid. p. 145-146.

62 Ibid. p. 147.

63 Carmen Lúcia Antunes Rocha, em sua obra citada, ainda ressalta que o princípio da igualdade jurídica não é algo concreto, não é mera igualdade pronta e abstrata, ele está em permanente expansão. Ela ainda cita os ensinamentos de Boaventura de Souza Santos: “temos o direito de ser iguais sempre que as diferenças nos inferiorizam; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descarateriza”. Assim a igualdade deve ser tratada, igual aos iguais, desigual aos desiguais, ‘segundo a desigualdade portada pelo cidadão em relação aos demais’.

64 Rocha, Cármen Lúcia Antunes. Ob. cit. p. 144-149.

65 Ibid. p. 150.

também em 1891 que foi introduzida expressamente menção à lei infraconstitucional para normatizar as condições necessárias para o acesso.

A Constituição de 1934 traz novas modificações: oferece tópico específico referente aos funcionários públicos; cita inicialmente o princípio da acessibilidade (“os cargos políticos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir”); suprime a referência a cargos públicos civis ou militares; e, por fim, entrega, expressamente, competência ao legislador para estatuir as condições de acesso aos cargos públicos.

Em 1937, a Constituição recoloca o direito a acessibilidade aos cargos públicos no rol dos ‘direitos e garantias individuais’, e em 1946, a nova Constituição, o recoloca mais uma vez para o título ‘dos funcionários públicos’, sendo assim mantido pela Constituição de 1967.

Por fim, a Constituição de 1988 assim dispôs, originariamente, sobre o princípio da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, no inciso I do artigo 37: “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos preenchidos em lei”.

O texto original da Carta Magna atual, em seu artigo 37, inciso I, inovou ao estender o princípio da acessibilidade aos empregos e funções públicas. As pessoas que teriam direito ao acesso a cargo, emprego e função pública seriam somente os brasileiros, não tendo sido feita nenhuma distinção ao brasileiro nato ou naturalizado.

Quase uma década após, em 1996, a emenda constitucional de nº 11 estendeu aos estrangeiros, a possibilidade de ingressar em universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica como professores, técnicos e cientistas. A condição imposta pela emenda constitucional foi a normatização da matéria por lei, que, no âmbito federal, foi feita pela Lei 9.515/97, que inseriu o §3º no artigo 5º da Lei nº 8.112/90.

E uma década após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, o acesso dos estrangeiros é estendido também aos cargos, empregos e funções públicas, deixando o inciso I, artigo 37 da CF/88 com a seguinte redação: “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”.

Desta forma, pode-se concluir que os brasileiros têm o direito constitucional de acesso, desde que preencham as exigências legais, enquanto os estrangeiros tem a possibilidade de um dia ter o direito de acesso, desde que e como estabelecer a norma infraconstitucional. Aos

portugueses, é garantido constitucionalmente, a equiparação ao brasileiro na ascensão ao cargo público, desde que preencham os requisitos necessários, e que não se encaixem nas vedações constitucionais presentes no artigo 12, §3º da Constituição Federal.

Além da regra fundamental legal de contratação da Constituição de 1988, existem também outros requisitos de acesso ao serviço público previstos legalmente. Eles podem ser objetivos e subjetivos. Os requisitos objetivos de acessibilidade são aqueles ligados à função do cargo ou emprego, enquanto os requisitos subjetivos são aqueles ligados à pessoa do candidato. Lembrando que nenhum requisito subjetivo pode discriminar o candidato em razão de suas qualidades pessoais de raça, cor, credo religioso ou político, sexo e idade, apesar de que, em hipóteses tão raras quanto excepcionais, ser admitida tal discriminação quanto a sexo e idade se decorrente de limitação da própria natureza da função ⁶⁶.

Todas as formas de superar ou transgredir as exigências legais se tornam desobediência que vicia de nulidade os comportamentos administrativos que desrespeitam a imposição legal.

Em todos os casos, cada ente da federação fica responsável pela lei que disciplina a contratação. A atuação legiferante, no entanto, norteia-se por parâmetros encontrados na própria norma constitucional, ou seja, não se pode estabelecer em lei: requisitos desnecessários ao desempenho eficiente do cargo, emprego ou função pública; requisitos subjetivos ou personalíssimos, como já explicitado; requisitos que exclusivizem ou tolham a ampla participação dos brasileiros; ou requisitos que implique discriminação ou qualquer forma de preconceito ⁶⁷.

2.1.2 Concurso Público

⁶⁶ Ibid. p. 162-168.

⁶⁷ Carmen Lucia Antunes Rocha ainda ressalta pontos específicos presentes no artigo 37 da Constituição Federal ligados ao princípio da acessibilidade, mas que não serão aprofundados pelo presente trabalho, bem como, a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência e os critérios para sua admissão no serviço público; a exclusividade de servidores com cargo efetivo na ocupação das funções de confiança; e os casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei de servidores de carreira para ocupar os cargos em comissão.

Os princípios adotados pela Constituição de 1988 para regular a Administração Pública no Brasil são os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como expressamente colocados no artigo 37, caput da CF. A doutrina e a legislação também nos trazem outros princípios ligados à Administração Pública no Brasil, tais como supremacia do interesse público, presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade, controle e autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, razoabilidade, proporcionalidade, e segurança jurídica.

O concurso público, que existe desde a Era de Napoleão Bonaparte, na França, está ligado diretamente aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, sendo requisito indispensável para a investidura em cargo ou emprego público, admitindo-se algumas exceções como a do cargo de provimento em comissão, que respeita a confiança de sua escolha, bem como o caráter temporário do exercício e a própria demissão *ad nutum* dos ocupantes de tais cargos.

Há outras exceções à exigência do concurso público previstas na Carta Constitucional, bem como a nomeação dos membros dos tribunais superiores (STF, STJ, TSE e STM), dos membros do Tribunais de Contas da União, e de um Quinto Constitucional.

A norma constitucional faz exigência de concurso público para cargo e emprego, mas não o faz para a função pública para permitir a faculdade de contratação para funções de confiança (art.37, V) e para serviços temporários (art. 37, IX), onde não é necessária a realização de concurso público.

A visão do constituinte ao exigir o concurso público de provas ou de provas e títulos foi a de garantir a isonomia entre os candidatos e assegurar que os aprovados sejam pessoas capazes e competentes, procurando dar transparência à gestão da administração pública, objetivando coibir os apadrinhamentos. Para que os objetivos do constituinte sejam cumpridos, o concurso deve ser público, não podendo ser restringido a determinados grupos, e o resultado deve ser obtido com critérios objetivos, de maneira clara e transparente, para que não haja dúvidas quanto a legitimidade do certame.

O Superior Tribunal de Justiça se manifestou quantos aos requisitos exigidos para a investidura no cargo pretendido, em sua jurisprudência de nº 266, onde diz que “o diploma ou

habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público ⁶⁸”.

A exigência do concurso público é uma forma de acesso ao serviço público, tanto para a Administração Pública Direta como para a Indireta (sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações, inclusive em todas as esferas políticas (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal).

O limite de validade do concurso público é delimitado pela Constituição Federal, “até dois anos, prorrogáveis por igual período ⁶⁹”, cabendo a cada edital referente ao concurso estabelecer a sua validade específica, respeitado o limite constitucional. De acordo com o artigo 37, inciso II e parágrafo 2º, o desrespeito à exigência do concurso público para ingresso no serviço público implica nulidade do ato e punição da autoridade competente bem como veremos mais adiante.

2.2 Contratação Irregular na Administração Pública

Inúmeras são as hipóteses de irregularidades no serviço público, dentre os quais relacionamos as seguintes possibilidades nominadas por Sátilo Fernandes.

- “a) Admissão sem a prévia aprovação em concurso público;
- b) Admissão mediante aprovação em concurso público em cuja realização não se seguiram os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade;
- c) Admissão mediante aprovação em concurso público regularmente instituído e realizado, mas violado a ordem de classificação oficialmente divulgada;
- d) Admissão mediante aprovação em concurso público regularmente instituído e realizado, mas procedida após decorrência do prazo de validade do certame, com violação ao disposto no artigo 37, III, CF;

68 Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0266.htm>. Acesso em: 17 nov. 2008.

69 Artigo 37, inciso III da Constituição Federal de 1988.

e) Admissão mediante qualquer uma das antigas formas derivadas de provimento, tais como, transferência, enquadramento, ascensão, etc ⁷⁰”.

2.3 Efeitos dos Contratos de Trabalho Irregulares da Administração Pública

Os contratos de trabalho realizados entre Administração Pública e o particular chamados de irregulares, são aqueles em que há afronta direta a norma constitucional do concurso público.

A questão abordada pelo presente estudo, a contratação irregular pela administração pública, envolve bem de interesse público que se sobrepõe ao interesse do empregado contratado. A nulidade da contratação feita pelos entes públicos em afronta a norma constitucional do concurso público é vista através de dois entendimentos divergentes. À nulidade deste contrato seria aplicada a teoria civilista, ou a teoria especial trabalhista de maneira irrestrita.

A aplicação da teoria civilista à nulidade dos contratos irregulares feitos pela administração pública fundamenta-se na existência de um interesse público que se sobrepõe sobre o interesse laboral, fazendo com que os efeitos da nulidade retroajam ao início do contrato, admitindo-se apenas o pagamento da contraprestação pactuada ⁷¹.

Já os fundamentos de defesa da aplicabilidade plena e irrestrita da nulidade trabalhista, por interpretação analógica, colocam o bem jurídico laboral acima do interesse público, bem como, prevalência jurídica do valor do trabalho, não enriquecimento sem causa, inviabilidade de devolução do labor já efetivamente cumprido. Godinho Delgado ressalta outro argumento desta vertente previsto constitucionalmente que obriga a administração pública a se responsabilizar pelos direitos salariais e não salariais, inclusive verbas rescisórias, se houver, qual seja, o direcionamento da vedação constitucional é dirigido apenas ao administrador e não ao contratado ⁷².

70 Fernandes, Flávio Sátiro. Admissões Irregulares de Servidores Públicos e suas Consequências Jurídicas, *in Internet* – homepage da Amatra X, 1996.

71 Delgado, Maurício Godinho. Ob. cit. p.448.

72 Ibid. p. 448.

De maneira equilibrada, Godinho Delgado demonstra que a solução a ser aplicada nos casos de contratação irregular pela administração pública, é aquela capaz de “conferir eficácia e coerência ao conjunto dos textos constitucionais”⁷³ - o concurso público e o valor do trabalho -, qual seja, um misto dos dois entendimentos doutrinários sobre o assunto. Desta maneira, a teoria especial trabalhista das nulidades seria aplicada somente em relação ao período da efetiva prestação de serviços do particular à administração pública, obrigando o rompimento do contrato imediatamente após a verificação da ausência de concurso público, tendo-se, portanto, a anulação do contrato com a administração pública decorrente da inobservância à formalidade essencial do concurso. Em outras palavras, ao verificar a irregularidade do pacto, somente seria devido ao empregado as verbas contratuais trabalhistas de todo o período de efetiva prestação laboral, sendo indevido as verbas rescisórias típicas da dispensa injusta. Já que o pacto laboral deverá ser anulado de ofício pela ausência de formalidade do contrato, a extinção do contrato de trabalho será decorrente da nulidade do contrato e não de dispensa injusta, retirando o direito de percepção da verbas rescisórias.

A irregularidade da contratação gera não somente a nulidade do ato, como também a imputação da autoridade responsável pela contratação, que, em qualquer nível da Administração Pública, deve ser responsabilizado, devendo indenizar os cofres públicos em função de seus atos na gestão da coisa pública, conforme parágrafo 2º, do artigo 37 da Carta Magna: “A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

O Tribunal Superior do Trabalho editou a orientação jurisprudencial nº 85 da SDI-I, reconhecendo somente o direito à percepção dos salários dos dias efetivamente trabalhados, e se transformou em súmula, que fora reeditada duas vezes, em 2002 e em 2003, permanecendo com a seguinte redação:

“A contratação do servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II e §2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

Com a reedição da redação, o TST reafirmou sua posição de nulidade do contrato de trabalho com a Administração Pública, quando ausente a aprovação em concurso público. A

⁷³ Ibid. p. 512.

mudança feita na posição sumulada está na parte final da súmula e garante o valor do salário-mínimo hora dos períodos efetivamente trabalhados, para manter um mínimo de dignidade ao trabalhador, excluindo para tanto os períodos de interrupção do contrato de trabalho, bem como os descansos semanais remunerados, afastamentos e licenças remuneradas. A reedição da súmula também inovou ao garantir ao servidor irregular, os depósitos de FGTS, e somente os depósitos, do período de labor.

2.4 – Responsabilidade trabalhista

O enunciado 331 ainda se preocupou em responsabilizar o tomador de serviços, nos casos em que a prestadora de serviços não assuma essa responsabilidade, fazendo com que aumentasse a responsabilidade do tomador em escolher com cuidado a prestadora de serviços com quem pretende contratar. A empresa prestadora de serviços é a principal responsável pelas obrigações trabalhistas, mas se esta não cumpri-las, a empresa tomadora de serviços será responsabilizada subsidiariamente pelo pagamento dos devidos direitos do trabalhador. Na terceirização ilícita, o vínculo de emprego com o tomador deve ser imediatamente reconhecido, de modo que o tomador é considerado empregador responsável pelas obrigações trabalhistas. A justificativa para a adoção da responsabilidade subsidiária é o sumiço ou a falta de patrimônio das prestadoras de serviço e a preocupação em não onerar imediatamente o tomador de serviços.

Por sua vez, a Administração Pública, defende ⁷⁴ dois argumentos para a não-responsabilização pela terceirização. Começando pela exigência da Constituição Federal de realização do concurso público que afasta a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício de um trabalhador terceirizado com a Administração Pública; em seguida, o outro argumento trazido baseia-se no art. 71, da Lei 8666/93, que diz que a Administração Pública não pode se responsabilizar por dívidas trabalhistas, entre outras, não pagas pela prestadora de serviços.

74 Artur, Karen. Op. cit. p. 113.

Diante de inúmeros casos de terceirização na Administração Pública, o TST insere o inciso IV no Enunciado 331, onde se estabelece a responsabilidade subsidiária também da Administração Pública, justamente para preservar a remuneração do trabalhador, afastando o vínculo do terceirizado com a Administração Pública.

O foco dado à responsabilidade subsidiária tem o objetivo maior que é o de preservar a remuneração do trabalhador, e por consequência lógica acaba também estimulando as empresas privadas e a Administração Pública a fiscalizar empresas de prestação de serviços que pretendem contratar.

Para concluir este capítulo coloca-se a necessidade urgente de regulamentação legislativa principalmente no campo do setor público. Como já visto no capítulo anterior, o setor privado da Administração Pública já possui proposta de lei tramitando no Congresso Nacional. Se aprovado, o projeto regulamentará a terceirização em parte da Administração Pública Indireta, já que, serão reguladas as terceirizações nas sociedades de economia mista, mas as empresas públicas restarão desprovidas de lei. Com isso, as terceirizações na Administração Pública Direta continuarão dependendo das interpretações do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, ainda que elas sejam decisões divergentes, afinal, até a presente data, não foi oferecida nenhuma proposta específica do assunto.

É importante que as decisões proferidas pelos tribunais saibam equilibrar principalmente a situação de terceirizados que trabalham para a Administração Pública há muito tempo, mas que seja firme nas exigências previstas constitucionalmente, para que não se abram precedentes e a prática inconstitucional não se torne uma regra.

Entende-se que o meio mais eficaz para minimizar as terceirizações na Administração Pública seria o de responsabilizar, ou penalizar de alguma forma, o gestor da empresa, órgão ou ente da Administração, pois assim o gestor teria maior apreço pela fiscalização e coibição das práticas terceirizatórias irregulares.

No próximo capítulo será analisado o caso concreto da empresa Furnas S/A que enfrenta discussões acerca de seus terceirizados.

Capítulo 3 – Análise de caso concreto de terceirização na Administração Pública Indireta

O terceiro e último capítulo deste trabalho tem por finalidade observar como está funcionando a prática da terceirização na Administração Pública Indireta, suas discussões, decisões judiciais, bem como as atuações do Ministério Público, a partir do relato de casos concretos. Escolheu-se descrever os problemas que envolvem a prática da terceirização irregular na empresa Furnas Centrais Elétricas S.A., seja pela sua relevância, seja pela repercussão pública adquirida pelo caso.

O capítulo começa pelo histórico da atual discussão acerca dos terceirizados de Furnas, e aborda as atuações do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público do Trabalho e da Justiça Trabalhista.

3.1 Terceirização em Furnas

Dez anos passaram-se da promulgação da Constituição Cidadã, e ainda são intensos os debates acerca de seus dispositivos. É verdade que uma década é pouco tempo para se concretizar uma democracia, logo, os debates atuais são fruto do próprio fundamento democrático da Carta Magna.

Em 1988, o constituinte originário estabeleceu novas regras para que o cidadão comum pudesse ter acesso a um emprego dentro da Administração Pública a exemplo do concurso público como requisito para a admissão, e em troca lhe garantiu benefícios como a estabilidade.

Furnas Centrais Elétricas S.A. foi criada numa perspectiva de equilibrar a demanda energética da década de 50, que ameaçava o abastecimento de centros socioeconômicos brasileiros. Na década de 1990, Furnas foi incluída no II Programa Nacional de Desestatização (PND)⁷⁵, originado em administrações passadas, que visava privatizar Furnas.

⁷⁵ O II Plano Nacional de Desenvolvimento foi um plano econômico brasileiro lançado no final de 1974. Foi criado durante o governo do general Ernesto Geisel, e tinha a finalidade de retirar do atraso o setor de meios de produção e aumentar a produção de alimentos e energia. O plano firmou-se politicamente graças ao capital financeiro nacional e às oligarquias tradicionais. Apesar dos investimentos feitos no II PND não obteve o êxito

O programa proibiu a empresa de realizar concursos públicos, obrigando-a a efetuar contratos com prestadoras de serviços, terceirizando, então, sua mão-de-obra, para continuar funcionando, já que muitos funcionários efetivos foram se aposentando e outros saíram em decorrência da implementação de planos de demissão voluntária.

Essas contratações de empresas prestadoras de serviços passaram a ser questionadas na Justiça, principalmente pelas pessoas aprovadas, posteriormente, em concursos públicos.

Mais de uma década depois, em 2002, a empresa anunciou concurso público para admissão de funcionários efetivos em vários pólos de trabalho, que só foi realizado em janeiro de 2004, depois de muitos adiamentos. No ano relativo ao atraso, entre final de 2002 e início de 2004, quando a prova foi finalmente realizada, o número de contratações de terceirizados realizadas por Furnas girava em torno de 700 funcionários, como demonstra o quadro abaixo:

Força de Trabalho ⁷⁶									
Empregados no final do exercício	1990	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Efetivos	9.435	3.835	3.670	3.453	3.425	4.237	4.581	4.525	4.534
Contratados	1.175	1.845	2.131	2.092	2.834	2.172	2.010	1.923	1.857
TOTAL	10.610	5.680	5.801	5.545	5.581	6.409	6.591	6.448	6.391

Inúmeras ações contra a manutenção de prestadores de serviços contratados desde a década de 1990 sem concurso público foram realizadas. O Tribunal de Contas da União foi claro ao se posicionar contra a manutenção de terceirizados não concursados principalmente nas atividades-fim da empresa.

Além da ausência de convocação de aprovados no concurso de 2002, realizado em 2004, uma das principais críticas feitas ao caso Furnas é o lançamento de quatro editais de licitação para prorrogação dos contratos das então empresas prestadoras de serviços imediatamente após a realização do concurso e aprovação de candidatos. Nos contratos decorrentes das licitações existe uma cláusula que dá a Furnas o direito de escolher os funcionários terceirizados para prestar serviços.

que pretendia e a dívida externa do Brasil aumentou consideravelmente no período que o plano estava em vigor.

76 Fonte: < http://www.furnas.com.br/public_relatorio_adm.asp>. Acesso em: 04 nov. 08.

Ainda naquele ano, não obstante a discussão acerca das licitações e do concurso, que obteve cerca de nove mil aprovados aguardando convocação, o presidente de Furnas divulgou a pretensão da empresa em contratar trezentos e oitenta não-concursados, com base em decisão do Tribunal de Contas da União.

De acordo com a decisão citada do TCU, tomada em novembro de 2003, a exigência do concurso público para acesso de pessoal nos quadros da Administração Pública Direta e Indireta só teria validade a partir da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 1990, entendendo que as empresas públicas e sociedades de economia mista também estavam incluídas no dispositivo constitucional.

A empresa ainda realizou concurso público para formar cadastro de reserva de pessoal, no final de outubro de 2005, mas seu andamento foi suspenso por decisão da Justiça Federal.

Diante de tantas irregularidades, a Procuradoria Regional do Trabalho, entrou com sete Ações Cíveis Públicas na Justiça do Trabalho, duas distribuídas em 2004, na Justiça Trabalhista carioca, uma de 2004 distribuída na Justiça Estadual – sobre os procedimentos licitatórios - e outras quatro distribuídas em 2005 no Distrito Federal. Juntas, elas pedem a interrupção dos contratos de trabalhadores admitidos sem concurso público; a substituição destes trabalhadores pelos cerca de nove mil aprovados em concurso público; a não efetivação de trezentos e oitenta contratados de 05 de outubro de 1988 à 06 de junho de 1990; e a suspensão das licitações divulgadas em 2004.

As decisões da Justiça do Trabalho foram, em sua maioria, favoráveis ao MPT. Todos os pedidos da Procuradoria do Trabalho foram acolhidos liminarmente. No entanto algumas decisões foram posteriormente revogadas. A posição do judiciário trabalhista é a de promover a conciliação entre as partes, para que nenhum sujeito envolvido saia prejudicado. As tentativas de acordo aconteceram, e a última trégua selada aconteceu em agosto de 2008, com promessa da empresa de substituir gradativamente 1.800 funcionários terceirizados.

3.2 Posição de Furnas Centrais Elétricas S.A.

O argumento principal de Furnas para explicar a manutenção de empregados admitidos por empresas prestadoras de serviço em suas atividades normais é a de que a empresa foi inserida no Programa Nacional de Desestatização (PDN), em 1995, e que, por isso, teria sido compelida a reduzir seu quadro de pessoal para fins de privatização. Em sua defesa a empresa ligada ao Ministério de Minas e Energia e controlada pela Eletrobrás argüi que não tinha outra escolha a não ser contratar empresas prestadoras de serviços, a fim de repor, de maneira mínima, sua força de trabalho, já que o número de empregados da companhia foi reduzido através de aposentadorias e planos de demissão voluntária.

Furnas ainda insiste em divulgar argumentos de que a substituição dos terceirizados por aprovados em concurso público de 2004 paralisaria a estrutura empresarial, já que boa parte dos contratados está há muitos anos na empresa e exerce cargos altamente especializados. O treinamento dos novos funcionários levaria em média dois anos e por isso a substituição deveria ocorrer de maneira paulatina.

No entanto, em seu Relatório da Administração de 2001, publicado em 2002⁷⁷, Furnas firma compromisso com seus acionistas diferente do observado anos depois:

“Em novembro de 2001, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão autorizou FURNAS a gerir o seu quadro próprio, efetuando a reposição de empregados desligados, desde que observado o limite de 4.143 empregados efetivos. (...) Em vista da autorização recebida e das necessidades reais detectadas, FURNAS irá proceder à admissão de novos profissionais, selecionados por meio de Concurso Público. Cabe apontar ainda que a Empresa adota uma política de terceirização de serviços específicos de apoio, mediante contratos próprios, que correspondem a uma força de trabalho, em dezembro de 2001, de 2.131 empregados de terceiros”. (grifo meu)

Com relação a acusação feita pelo MPT de que Furnas pretendia efetivar 380 funcionários sem concurso público admitidos entre 5 de outubro e 6 de junho de 1990, a empresa apresentou argumento baseado em decisão do Tribunal de Contas da União (TCU), tomada em novembro de 2003. De acordo com o TCU, a exigência de realização de concurso público para admissão de pessoal na Administração Pública Direta ou Indireta só teria validade a partir da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 1990, entendendo que as empresa públicas e sociedades de economia mista também estavam

77 Disponível em: <http://www.furnas.com.br/public_relatorio_adm.asp>. Acesso em: 12 nov. 2008.

incluídas no dispositivo constitucional ⁷⁸. Desta forma, a empresa deveria reconhecer os vínculos de emprego e registrá-los, pois não havia óbice do concurso à época daquela contratação.

No início de janeiro de 2008, a concessionária de energia propôs dissídio coletivo no Tribunal Superior do Trabalho contra a Federação Nacional dos Urbanitários, o Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Energia do Rio de Janeiro e Região (SINTERGIA) e o Sindicato dos Eletricitários de Furnas e DME (SINDEFURNAS).

A fundamentação apresentada pela empresa é a de que, no dia anterior à apresentação do dissídio, as entidades sindicais convocaram todos os funcionários, sejam eles efetivos e prestadores de serviços, para aderir ao movimento paredista sem cumprir os requisitos legais necessários à realização de greve. Sustentou a empresa:

“A greve tem única e exclusivamente cunho político e não envolve negociação coletiva que vise melhorias das condições de trabalho, sendo portanto manifestamente ilegal. As paralisações podem provocar graves e irreparáveis danos à sociedade em geral, uma vez que a companhia é responsável pela produção e distribuição de energia elétrica para cerca de 50% da população nacional”.

Segundo acusação feita pela empresa na inicial do dissídio coletivo, o anúncio da greve dos empregados de Furnas teria sido motivada pela decisão judicial da 8ª Vara do Trabalho de Brasília, nos autos das Ações Cíveis Públicas movidas pelo MPT pedindo a substituição dos terceirizados e a convocação dos aprovados em concurso público.

Em agosto deste ano de 2008, após sete anos de investigação e ações contra Furnas, foi assinado um acordo com o Ministério Público do Trabalho, em que Furnas se compromete a substituir 1.800 terceirizados gradativamente. Este acordo prevê várias etapas de substituição ao longo de cinco anos. Até dezembro de 2009 serão substituídos 20% desses terceirizados.

O acordo também prevê, por proposta da empresa, que os recursos da multa, no valor de R\$ 2 milhões, seriam destinados ao Serviço Nacional de Aprendizagem na Indústria Senai,

78 A ação civil pública ajuizada em 07 de maio de 2004, o MPT argumenta de maneira diversa: “A se entender que a decisão do TCU permite a contratação de empregados pela Administração Pública Indireta, sem prévio concurso público, até 06.06.90, estar-se-ia dizendo que o referido Tribunal acabara de legitimar a violação expressa ao artigo 37, inciso II, da Constituição da República, promulgada no dia 05 de outubro de 1988”.

para implementação de cursos de requalificação com metade das vagas reservadas aos trabalhadores substituídos.

A homologação do acordo deve ser feita no âmbito do Tribunal Regional de Brasília e será aprofundado em tópico posterior.

3.3 Atuação do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União está previsto na Constituição Federal de 1988 como auxiliar do Congresso Nacional no controle externo das contas da Administração Pública Direta e Indireta. O artigo 71, caput, incisos II e II da CF/88 estabelece a competência do Tribunal de Contas da União:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório ⁷⁹”.

Relatório de auditoria do TCU, de novembro de 2002, revelou o excesso de terceirizações na empresa estatal, sendo verificando que os cargos ocupados pelos terceirizados eram na atividade principal da empresa. O relatório explica que funcionários da prestadora de serviços, atuando da forma como estavam, alocados na estrutura organizacional de Furnas, estavam sujeitos, inclusive, a subordinação hierárquica e à seleção pela empresa, e que, na realidade, podem ser considerados funcionários desta empresa, aliás, como reconheceria a Justiça do Trabalho em qualquer eventualidade.

⁷⁹ Artigo 71, caput, incisos II e II da Constituição Federal de 1988.

A situação de terceirização indiscriminada na estatal, fez com que o TCU determinasse a regularização do quadro funcional da empresa, ficando certo disso, uma vez que poucos meses antes, a empresa já havia aberto o referido concurso público no ano de 2002.

Em 2005 não foi diferente. O plenário do órgão colegiado determinou a substituição dos empregados terceirizados por servidores efetivos, aprovados em concurso público. O voto do ministro relator do processo junto ao TCU, Walton Alencar Rodrigues, estabeleceu prazo de dois anos, a contar da publicação do acórdão do tribunal, para que a empresa substituísse os empregados terceirizados que trabalhavam na atividade-fim da empresa.

A decisão determinou ainda que Furnas adotasse medidas para tornar nulas as efetivações dos trabalhadores que laboravam para prestadoras de serviço, contratados antes de 6 de junho de 1990, nos casos em que não havia pessoalidade e subordinação direta entre eles e a empresa.

A determinação do TCU de 2005 corrobora com a tese adotada pelo MPT na ação civil pública oferecida em junho de 2004, de que a vedação constitucional do concurso público é válida desde a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988.

O TCU entendeu que as contratações dos assessores externos, realizadas pela diretoria, não tem amparo legal, e bem como as contratações ou convênios firmados com cooperativas que tenham por objeto a prestação de serviços nas atividades inerentes ao Plano de Cargos e Salários da empresa, devem ser anuladas já que configuram em “terceirização ilícita de mão-de-obra, nos termos relatados pelo Ministério Público do Trabalho no curso de duas Ações Cíveis Públicas movidas contra a empresa em 30/03/2004 e 07/05/2004”.

O TCU constatou que dos 6.500 empregados de Furnas, 2.300 ocupam cargos por intermédio de terceirização ilegal. O gráfico abaixo representa a porcentagem de terceirizados no quadro funcional total da empresa. Observa-se que no período que antecedeu o concurso de janeiro de 2004, o número de contratados teve seu ápice, diminuindo levemente até o ano de 2005, onde se manteve estável.

Observa-se que o entendimento do TCU visa combater a terceirização irregular realizada por Furnas, no entanto, algumas decisões do órgão colegiado foram utilizadas pela própria empresa como argumento para a efetivação de terceirizados sem concurso público.

3.4 Atuação do Ministério Público do Trabalho

O Ministério Público está previsto na Constituição Federal em seu artigo 127 como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. A própria Carta Magna estabelece como função institucional do Ministério Público, entre outras:

“Art. 127.(...)

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

O Ministério Público do Trabalho está incluído do Ministério Público da União e é impulsionado a agir contra as terceirizações, em sua maioria, através de denúncias de empregados e ex-empregados. Sociedades de economia mista e empresas públicas como Furnas, Petrobras, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal são alvo de averiguações constantes quanto ao uso de mão-de-obra terceirizada.

Como resultado, os procuradores constataam que muitas empresas da Administração Pública colocam os prestadores de serviços ou cooperados em cargos que deveriam ser ocupados por concursados. O MPT estimava, em 2004, que entre 30% e 50% dos funcionários das estatais eram terceirizados.

A entidade criou, inclusive, uma Coordenadoria de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública com coordenadores nacionais e regionais, na busca de promover discussões acerca das irregularidades na Administração Pública, acordos e

fiscalizações de práticas como a da terceirização irregular. Em caso de descumprimento de acordos ou a falta dele, a solução encontrada é a proposição de Ações Civis Públicas ⁸⁰.

No caso de Furnas, a investigação realizada pelo Ministério Público do Trabalho iniciou-se em 2001 e, por diversas vezes, os dirigentes da empresa foram orientados a adequarem sua conduta à ordem jurídica. O MPT aguardou a realização do concurso público.

O Ministério Público do Trabalho entrou com uma Ação Civil Pública em 31 de março de 2004, somente após a insistência da empresa em manter o pessoal não-concursado que seguiria exercendo as mesmas atividades por intermédio de empresas terceirizadas, mesmo com a aprovação de nove mil candidatos no concurso público de janeiro de 2004.

No inquérito do MPT ficou demonstrado que candidatos já aprovados não estavam sendo chamados porque os respectivos cargos eram ocupados por terceirizados. A procuradora Guadalupe Couto explicou que o fato de Furnas escolher os funcionários já treinados pela própria empresa para a prestação de serviços terceirizados já caracterizava a fraude ao concurso público. Nesta ocasião, a Procuradoria Regional do Trabalho pediu à Justiça do Trabalho do Rio de Janeiro a interrupção dos contratos de funcionários admitidos a partir de 1990 sem concurso público paralelamente à substituição destes pelos cerca de nove mil aprovados em concurso público.

Mais tarde, ao comparar os editais de licitação publicados com o edital do concurso público realizado em janeiro de 2004, o Ministério Público do Trabalho, através da Dr. Guadalupe Louro Turos Couto, entrou com nova ação civil pública para impedir que a empresa realizasse tais licitações. De acordo com a procuradora, nos editais da licitação de 2004, a descrição dos cargos a serem ocupados pelos terceirizados da prestadora coincidiam com os cargos do quadro de funcionários da empresa e com os do concurso público. Nos editais de licitação para contratação e renovação de empresas prestadoras de serviços há uma cláusula que dá a Furnas o direito de escolher funcionários que essas empresas contratarão para prestar serviços, o que configura expressamente, além da pessoalidade na terceirização dos serviços, a colocação de apadrinhados políticos nesses cargos.

A procuradora do trabalho Guadalupe Louro Turos Couto expressou a solução ideal para o conflito até o presente momento. Segundo ela, a medida que os contratos dos terceirizados (antigos contratados sem concurso) forem vencendo, eles teriam de ser

80 Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=276>>. Acesso em: 17 nov. 2008.

substituídos por concursados. Assim, seriam respeitados os princípios constitucionais, e os terceirizados não ficariam desamparados.

No site do TST ⁸¹, há uma nota de solidariedade à procuradora do trabalho Guadalupe Couto e ao juiz fluminense que concedeu tutela antecipada na ação civil pública para que Furnas se abstenha de renovar contratos com prestadoras de serviços e cooperativas fraudulentas de mão-de-obra e dê posse aos concursados aprovados em seleção pública. Ambos sofreram ameaças de morte em maio do ano de 2004 e a procuradora recebeu proteção da Polícia Federal.

A terceira ação civil pública contra a terceirização irregular em Furnas se fez necessário depois que o próprio presidente de Furnas, José Pedro Rodrigues de Oliveira, informou, a pretensão de contratar não-concursados admitidos entre 1988 e 1990, usando o relatório supracitado do Tribunal de Contas da União como argumento. Diante de tal intenção dos dirigentes da empresa, o MPT agiu, ajuizando outra Ação Civil Pública para vedar qualquer tipo de contratação de funcionários não-concursados, além de levar ao conhecimento da Justiça a falta de publicidade da lista classificatória do tão discutido concurso aplicado em janeiro de 2004.

O Ministério Público do Trabalho entende que a decisão do Supremo Tribunal Federal de 1990 reafirma a vedação expressa à contratação de empregados pela Administração Pública Indireta sem concurso público, presente artigo nº 37, inciso II, da Constituição da República, promulgada no dia 05 de outubro de 1988, portanto esta proibição se inicia com a Carta Magna, não sendo possível a admissão de funcionários prestadores de serviços no período desejado pela empresa, de 05 de outubro a 06 de junho de 1990.

No final do ano de 2005, o MPT modificou o juízo para a distribuição das ações civis públicas, passando a oferecer na jurisdição de Brasília ⁸², mais quatro Ações Civas Públicas baseados nos resultados encontradas em um relatório feito pelo MPT, nos autos de inquéritos civis públicos.

81 Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=4076&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=FURNAS>. Acesso em: 12 nov. 2008

82 Em 14 de janeiro de 2004, a Seção de Dissídios Individuais – II (SDI-2) do Tribunal Superior do Trabalho decidiu que a competência para apreciar ação civil pública visando a reparação de danos de abrangência nacional é de uma das Varas do Trabalho do Distrito Federal. A decisão foi tomada pelo colegiado do TST em um processo de conflito de competência ajuizado pela 17ª Vara do Trabalho de Curitiba, Paraná. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=3513&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=furnas>. Acesso em: 12 nov. 2008

Citado relatório, dos procuradores do trabalho Fábio Leal Cardoso do Distrito Federal e Guadalupe Tuross Couto do Rio de Janeiro, indicava que ainda havia irregularidade nas contratações por Furnas Centrais Elétricas S.A. Eles concluíram que pelo menos 2.316 funcionários estavam contratadas irregularmente. O Relatório da Administração de 2005, publicado por Furnas no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro e no jornal O Globo, em 11 de abril de 2006, se aproxima dos dados dos procuradores, reconhecendo, no final de 2005, a presença de 2.010 empregados terceirizados em seu corpo funcional.

Nas referidas ACP's interpostas em Brasília, foi novamente pedida a substituição dos trabalhadores irregularmente contratados por candidatos aprovados no último concurso e, também, o pagamento de indenização no valor de 15 milhões de reais, por danos morais coletivos, a serem revertidos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

O último andamento dado no caso dos terceirizados irregulares de Furnas nesta pesquisa ocorreu em agosto de 2008. A empresa Furnas Centrais Elétricas assinou acordo com o Ministério Público do Trabalho (MPT) para substituir, a longo prazo, 1.800 terceirizados por aprovados em concurso público. A substituição será feita no transcorrer de cinco anos e será composta de várias etapas com percentagens diversas de pessoal substituído.

A primeira etapa deve ser concluída até dezembro de 2009, quando serão substituídos 20% desses terceirizados. Posteriormente, deverão ser substituídos 15% em 2010; 15% em 2011; 25% em 2012; e 25% até dezembro de 2013. Furnas explicou que, durante esse período, a empresa fará concursos públicos para todas as áreas. O primeiro devendo ser realizado ainda em 2008⁸³. De acordo com a empresa, a idéia é, já em 2009, contratar 30% do pessoal por concurso, e outros 30% em 2010, para facilitar o tempo de treinamento dos mesmos.

O acordo também prevê uma condenação pecuniária à Furnas de R\$ 2 milhões, que será destinada ao Serviço Nacional de Aprendizagem na Indústria (Senai) para implementação de cursos de requalificação com metade das vagas reservadas aos trabalhadores substituídos.

Pode ser o fim de sete anos de investigação e ações contra Furnas, já que para entrar em vigor, o acordo precisa ser homologado pelo TRT do Distrito Federal, e mesmo após a homologação resta saber se Furnas cumprirá todas as obrigações prometidas.

⁸³ O prazo do concurso realizado em 2004 findou-se. Até a conclusão do presente trabalho nenhum concurso havia sido anunciado.

As aspirações do MPT pareceram positivas pela declaração do procurador-geral do Trabalho, Otavio Brito Lopes, no sítio da entidade ⁸⁴:

“Essa solução representa a concretização do princípio do acesso universal ao emprego público. Esse é o principal benefício para a sociedade. E os 1.800 trabalhadores, que estavam em situação ilegal, também não ficaram desamparados. O acordo prevê sua requalificação, para uma boa inserção no mercado de trabalho”.

E o acordo realmente é motivo de satisfação para o MPT, defende o procurador do Trabalho Fábio Leal, atual presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e o primeiro a lidar com os processos de Furnas em Brasília:

“É fundamental que o Estado formalize suas relações de trabalho. O Estado não pode ser o promotor da informalidade nas relações de trabalho. Esse acordo homenageia o princípio da impessoalidade e permitirá o acesso de milhares de pessoas ao emprego na empresa.”

3.5 Posição do Judiciário Trabalhista

Nos termos do artigo 114, da Constituição Federal: “compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores (...) e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho (...)”.

O artigo 83, inciso III, da Lei Complementar nº75/93, estabelece que “compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a

84 Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=266&tmp.texto=7748&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=furnas>. Acesso em: 12 nov.2008

defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”.

A natureza do conflito suscitado entre o MPT e Furnas possui claro caráter trabalhista, o que torna inquestionável a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a ação. Registre-se que os servidores de FURNAS são regidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em abril de 2004, a 26ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, concedeu uma liminar estabelecendo a substituição imediata dos terceirizados pelas pessoas aprovadas no concurso da empresa – há nove mil aprovados esperando – sob pena de multa diária de dez mil reais para cada cargo não preenchido. De acordo com a liminar, Furnas teria sessenta dias para demonstrar à Justiça as medidas tomadas para cumprir a decisão.

Na sentença, o juiz argumentou que “a perpetuação desta situação é um golpe nos atuais contornos dos Direitos do Trabalho, Constitucional e Administrativo, gerando distorções odiosas no ordenamento jurídico de tal ordem que se tornará impossível o retorno ao status quo, além da discriminação de empregados trabalhando lado a lado em situações distintas, tudo isso sem se considerar a lesão à sociedade de um modo geral ao se descumprir princípios básicos de licitude e moralidade”.

Entretanto, o juiz Ricardo Georges Affonso Miguel não aceitou o pedido da Procuradoria de interromper os atuais contratos de terceirizados alegando a necessidade da continuidade dos serviços essenciais prestados por Furnas.

Em junho de 2004, o Judiciário, por meio de decisão da juíza Renata Jiquiriçá, concedeu nova liminar em outra Ação Civil Pública movida pelo MPT determinando que Furnas se abstinhasse de efetivar trezentos e oitenta prestadores de serviço contratados sem concurso público no período entre 5 de outubro de 1988 e 6 de junho de 1990, determinando ainda que a empresa apresentasse a relação nominal classificatória dos nove mil aprovados em concurso realizado por Furnas em 2004. Além disso, a empresa teria que esclarecer denúncias de que teria efetivado dez destes prestadores de serviço. A multa para o descumprimento da tutela antecipada é de R\$ 10 mil por dia e por trabalhador contratado.

Após um mês, em julho de 2004, Furnas sofreu novo revés, mas dessa vez na Justiça Comum, em função de outra liminar concedida em favor do MPT, pela 24ª Vara Cível determinando a suspensão das licitações para contratação de serviços terceirizados. O teor da sentença dizia:

“Concedo a liminar determinando a imediata suspensão do andamento dos procedimentos licitatórios postos em curso através dos editais cujos objetos são a prestação de serviços através de mão de obra terceirizada, sob pena de multa diária no valor de R\$5.000,00. Cite-se e intimem-se”.

Passado um ano precisamente, em julho de 2005, um dos problemas sucitados pelo MPT, ainda não estava resolvido já que o Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro concedeu a Furnas uma liminar suspendendo a determinação da juíza Renata Jequiriçá da 26ª Vara do Trabalho, que determinava a não-efetivação dos não-concursados do período entre 1988 a 1990.

A liminar concedida a Furnas pelo TRT da 1ª Região vai de encontro a princípios constitucionais e à Súmula 363 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. O procurador do Trabalho Fábio Leal Cardoso, responsável pela Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (CONAP), considerou que: “Colocou-se o interesse pessoal acima do interesse público”. O entendimento jurisprudencial do TST assim informa:

“Súmula nº 363 /TST: Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos

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

Como já analisado anteriormente neste trabalho, a irregularidade da efetivação dos terceirizados em questão não se justifica pela decisão do STF de 1990, já que ela somente reproduz a vedação da Constituição de 1988. Ademais, como reiteradamente explicitado, nove mil pessoas foram aprovadas no concurso público realizado pelo órgão em 2004.

Curiosamente um fato isolado ocorreu no final de 2006, quando o TST reconheceu vínculo de emprego de terceirizado de Furnas ⁸⁵. O terceirizado da empresa, aprovado em concurso público, porém contratado por meio de empresa prestadora de serviços, teve reconhecido o seu contrato de trabalho diretamente com a tomadora dos serviços.

85 AIRR-81802/2003-900-01-00.1.

O empregado realizou concurso público, foi aprovado para o cargo de contador e contratado pela empresa prestadora de serviços. Seu contrato de trabalho foi considerado nulo pela Vara do Trabalho, que reconheceu a existência de vínculo de emprego com a tomadora, a partir de 15/09/1998. Furnas, recorreu da sentença. O Tribunal do Rio de Janeiro confirmou a decisão de 1º grau. A empresa alegou ofensa ao artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal (princípio da legalidade), pois a não contratação do empregado teria decorrido de imposição legal, ou seja, da Resolução nº 14 do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais.

A relatora do processo no TST entendeu não existe qualquer afronta ao artigo constitucional invocado por Furnas, na medida em que “a questão foi dirimida mediante aplicação da norma trabalhista e dos princípios regentes da Administração Pública, à vista dos quais foi declarada a nulidade do ato estatal”.

Entende-se que o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho foi correto, inovando as decisões até então mencionadas, no entanto, só seria correto o reconhecimento do vínculo desde a admissão em concurso público, restando os demais períodos regulados pelo contrato de terceirização.

Diante da insistência de Furnas em ignorar as normas legais de acesso de trabalhadores em seus quadros, foi proferida mais uma antecipação dos efeitos da tutela, em ação ⁸⁶ promovida pelo Ministério Público do Trabalho no Distrito Federal.

A decisão foi tomada em fevereiro de 2007, pela juíza Larissa Lazita Lobo Silveira, da 8ª Vara do Trabalho de Brasília, que determinou à empresa que suspendesse a contratação de trabalhadores para a realização de serviços relacionados a sua atividade-fim, sem a prévia aprovação em concurso público, sob pena de pagamento de multa de R\$ 10 mil por trabalhador contratado. A decisão inclui ainda a proibição a empresa de contratar novos terceirizados ou de renovar os contratos de terceirizados já existentes que tenham como objeto a prestação de serviços ligados a sua atividade-fim. A medida vale para as contratações diretas, por meio de empresas de prestação de serviços ou de cooperativas.

O entendimento do Judiciário naquele momento foi de que a prática terceirizadora de Furnas “ofende o artigo 37 da Constituição Federal, gerando danos de difícil reparação a toda a coletividade”. A juíza criticou a justificativa dada por Furnas de que a empresa teria sido compelida a contratar prestadoras de serviços, a fim de repor, de maneira mínima, sua força

⁸⁶ Número das ações: 264-2005-008-10-00.2 e 265-2005-008-10-00.7.

de trabalho, já que a sua inclusão no Programa Nacional de Desestatização proibiu a contratação por concurso público, diminuindo o quadro de pessoal. Para ela esse argumento não é válido já que “passados quase três anos da exclusão de Furnas do PDN, nada pode justificar a manutenção de prática ilegal”.

A decisão conclui que a insistência de Furnas em não tomar providências quanto às irregularidades demonstra desinteresse em se adequar aos preceitos da Carta Magna:

“Chama a atenção o fato de que a demandada, embora ciente da ilegalidade de sua conduta, não tenha tomado providências realmente hábeis à regularização da situação, deixando transcorrer a validade do concurso público realizado, com baixíssimo número de nomeações e mantendo em sua estrutura mais de dois mil trabalhadores, contratados por empresas interpostas, sem aprovação em concurso público, em serviços relacionados a sua atividade-fim”.

Como já relatamos anteriormente, no início de janeiro de 2008, dia 15, Furnas ajuizou dissídio coletivo de greve ⁸⁷ no Tribunal Superior do Trabalho contra a Federação Nacional dos Urbanitários, o Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Energia do Rio de Janeiro e Região (SINTERGIA) e o Sindicato dos Eletricitários de Furnas e DME (SINDEFURNAS). A empresa argüiu na petição inicial que, no dia anterior, as entidades sindicais convocaram todos os funcionários, efetivos e prestadores de serviços, para aderir ao movimento paredista sem cumprir os requisitos legais necessários à realização de greve. Acrescentou adiante que a greve teria cunho político e não visava melhorias das condições de trabalho, motivo para o qual a greve se tornaria manifestamente ilegal. Furnas lembrou ainda que é responsável pela produção e distribuição de energia elétrica para cerca de 50% da população nacional, fazendo com que as paralisações pudessem provocar graves e irreparáveis danos à sociedade em geral. Furnas acreditava que a motivação da greve deu-se pela decisão judicial da 8ª Vara do Trabalho de Brasília, nos autos das Ações Cíveis Públicas movidas pelo MPT pedindo a substituição dos terceirizados e a convocação dos aprovados em concurso público. Chegou a ocorrer uma paralisação no dia 15 de janeiro de 2008 e a segunda, prevista para o dia 22, foi cancelada pelos trabalhadores temporariamente.

Na audiência de conciliação e julgamento do dia 18 de janeiro realizada por conta do dissídio coletivo supracitado, a direção da empresa e entidades sindicais representantes dos

87 Processo número: DC 188514/2008-000-00-00.4.

trabalhadores encaminharam ao presidente do Tribunal Superior do Trabalho pedido de suspensão da decisão da 8ª Vara do Trabalho de Brasília (DF) que determinou a demissão dos trabalhadores terceirizados.

As partes envolvidas no dissídio estavam preocupadas quanto à determinação judicial, pois esta atingiria, segundo a advogada da empresa, 2.694 trabalhadores, do total de 6.391 que integram o quadro funcional. A suspensão foi pedida com base no artigo 257 do Regimento Interno do TST, que prevê a possibilidade de o presidente do Tribunal, “em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, suspender a execução de liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes.

O ministro Rider de Brito salientou a necessidade de regularização desses trabalhadores, no entanto admitiu que as decisões não demonstravam como e quando devem ser cumpridas. Pediu também que as orientações de greve fossem suspensas para melhor solucionar o conflito.

Dias após, em 21 de janeiro de 2008, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro Rider Nogueira de Brito, suspendeu a decisão da 8ª Vara do Trabalho de Brasília (DF), como pediram Furnas e entidades sindicais. A suspensão valeria até o julgamento do dissídio coletivo de greve pelo TST.

O presidente do TST considerou que o pouco tempo conferido pela sentença para a substituição dos terceirizados “pode gerar grave lesão à ordem, à segurança e à economia públicas”. A fundamentação do despacho baseou-se ao artigo 798 e seguintes do CPC e com aplicação, por analogia, do artigo 257 do Regimento Interno do TST, que prevê a possibilidade de suspensão no caso de manifesto interesse público.

No prosseguimento da audiência sobre o dissídio coletivo, em 23 de janeiro de 2008, foi apresentada formalmente proposta de conciliação pelas entidades sindicais, e por isso houve novo adiamento.

Os terceirizados propuseram a criação de um quadro suplementar que visa o desligamento dos funcionários sem concurso, a partir do décimo ano da homologação do acordo, e a convocação, pela empresa, de mil aprovados em concurso público ainda vigente. Os trabalhadores acreditam que, assim, o treinamento dos novos concursados poderá ser feito, sem descontinuidade na prestação de serviços públicos, já que haverá a manutenção da mão-de-obra técnica especializada. Foi dado prazo de 5 dias para a empresa se manifestar por

escrito sobre o assunto. Em seguida, o MPT também teve prazo para se posicionar sobre a proposta. Então, na tentativa de resolver os inúmeros processos que tramitavam na Justiça do Trabalho contra Furnas Centrais Elétricas S.A, entidades sindicais dos trabalhadores, MPT e a própria empresa finalmente deram início às negociações concretas sobre a demissão dos empregados não concursados da empresa.

O subprocurador-geral José Neto da Silva ressaltou, na ocasião, a disposição da instituição para a solução amigável e propôs reunião entre Furnas, trabalhadores e MPT, com a participação, inclusive, do procurador-geral do Trabalho, Otavio Brito Lopes, e procuradores da 10ª Região (Brasília), jurisdição na qual havia sido julgada a ação civil pública que determinou a substituição do pessoal terceirizado de Furnas por concursados.

O TST aproveitou o interesse na manutenção do diálogo para adiar audiência de conciliação e instrução novamente, esperando um acordo em pouco tempo ou um entendimento em primeiro grau. Foi lembrado que os prazos do dissídio coletivo são mais flexíveis em vista de buscar sempre o entendimento das partes. Não obstante o diálogo aparentemente estabelecido no início de 2008, nada foi de concreto realizado para solucionar o debate dos terceirizados de Furnas.

Em agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Trabalho postulando a reconsideração da decisão do órgão colegiado, o TST revogou liminar em que havia suspenso os efeitos das decisões da 8ª Vara do Trabalho de Brasília (DF), nos autos das Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo MPT, que determinaram o afastamento imediato dos terceirizados de Furnas.

Ao conceder a liminar revogatória da decisão da 8ª Vara do Trabalho, o ministro Rider de Brito tinha esperanças de que as partes chegassem a uma solução para o conflito, “mas, passados mais de dois meses do deferimento liminar do pedido, constata-se que as negociações não avançaram conforme se esperava, em especial pela inércia da empresa e das entidades profissionais diretamente envolvidas”.

O ministro ainda chegou a rejeitar pedido de reconsideração de Furnas, em 15/04/2008.

Com a revogação da decisão que suspendeu os efeitos da antecipação de tutela concedida, prevalece a sentença da 8ª Vara do Trabalho de Brasília, que se encontra pendente de julgamento de embargos declaratórios interpostos pela empresa. Somente após o trânsito em julgado a decisão se torna definitiva, não mais passível de recurso, mas como em agosto

foi estabelecido um acordo, como examinado no item 3.4, a partir do momento em que for homologado, adquirirá efeito entre as partes.

Observa-se que a Justiça do Trabalho, então, busca promover a legalidade das contratações, determinando o fim das terceirizações irregulares, utilizando-se de medidas liminares e estímulo à conciliação para alcançar a tão almejada regularização dos contratos.

Conclusões parciais

O capítulo demonstra que o caminho a ser percorrido ainda é longo, e poderia ser resolvido da maneira adequada se não fossem os interesses sociais de cada grupo social, por um lado os terceirizados, que não querem perder seus empregos, do outro, os concursados, que buscam a garantia de ter o direito ao emprego. Muitos acordos e ações serão propostas, mas somente quando um dos lados ceder é que poderemos encontrar uma solução.

A conclusão parcial demonstrou que interesses sociais e econômicos estão envolvidos diretamente com a licitude, ilicitude, normatização e práticas da terceirização. Ou seja, a decisão de utilizar-se da terceirização nos meios de produção de uma empresa, de maneira regular ou irregular, depende do interesse econômico da empresa, se ele é estritamente comercial, ou se ele tem compromisso com a responsabilidade social. A normatização do instituto da terceirização também só será concluída se for de interesse da maioria do Congresso Nacional, no entanto pode ser que exista esse interesse em regular o instituto, mesmo que para isso os trabalhadores sejam prejudicados. As práticas de terceirizar estarão reincidentes até que lei as uniformize.

É concreta a necessidade de expedição de lei por parte do Congresso Nacional, apesar de que o entendimento imparcial do Judiciário pode vir a ser mais benéfico que um entendimento parcial do Legislativo atual.

A verdade é que precisamos de ação, se não for pelo Legislativo, que seja pelo Judiciário com decisões reiteradas, ou pelo Ministério Público fazendo a voz da população ser ouvida. Não aceitável é a inércia de tal situação, pois encarece as contas do Governo

Federal, posterga a regularização do quadro de pessoal, não garante o direito dos aprovados em concurso público, e desafia o Poder Judiciário.

Importante se faz a presença das decisões judiciais nesse debate. Pois são elas que definem as atitudes que devem ser tomadas por cada ator para dirimir o conflito. Em hipótese alguma o Poder Judiciário pode reconhecer vínculo de emprego para os contratos irregulares com a Administração Pública, ou seja, sem concurso público, pois corre-se o risco de abrir precedentes insanáveis e inconstitucionais, onde o interesse particular ultrapassaria o interesse público.

O concurso público é obrigatório pela Constituição Federal desde 1988 e tem por objetivos evitar favorecimentos pessoais, nepotismo e a possibilidade nefasta de tomada da administração por apadrinhados políticos, todas práticas que, lamentavelmente, acompanham a história do Brasil em prejuízo dos reais interesses de uma sociedade democrática.

Referências Bibliográficas

-ARTUR, Karen. **O TST frente à terceirização**. EdUFScar, 2007.

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2005.

-BRASIL. Constituição (1824). **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 05 nov. 2008.

-BRASIL. Constituição (1891). **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 05 nov. 2008.

-BRASIL. Constituição (1934). **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 05 nov. 2008.

-BRASIL. Constituição (1937). **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 05 nov. 2008.

-BRASIL. Constituição (1946). **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 nov. 2008.

-BRASIL. Constituição (1967). **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05 nov. 2008.

-BRASIL. Constituição (1988). **Presidência da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2008.

-BRASIL. **Projeto de lei nº 4.302/1998**. Propõe alterações na Lei 6.019/1974 – Trabalho Temporário e propõe regulamentação da prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

-BRASIL. **Projeto de lei nº 4.330/2004**. Propõe regulamentação da prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

-BRASIL. **Projeto de lei nº 1.621/2007**. Propõe regulamentação da prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 05 nov. 2008.

- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

-FERNANDES, Flávio Sátiro. **Admissões Irregulares de Servidores Públicos e suas Consequências Jurídicas**, in *Internet* – homepage da Amatra X, 1996.

- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007.

-JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**. Lumen Juris, 2007.

-MAIOR, Jorge Luis Souto. **Direito do Trabalho e Desenvolvimento Econômico: um contraponto à teoria da flexibilização**. Revista Direito (Faculdade de Direito Padre Anchieta), ano III, n.5, p. 7-22, 2002.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Introdução ao Direito do Trabalho**. LTr, 2004.

- OLLIER, Pierre Dominique. **Le droit du travail**. Paris: A. Collin, 1972.

-PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954 -1970, t.47.

- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

- SÜSSEKIND, A. **O Malogro dos contratos provisórios**. Folha de São Paulo, 27 de outubro de 1997.

-VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

Anexo A – Quadro comparativo dos projetos de lei sobre terceirização em tramitação.

	PL 4302/1998	PL 4330/2004	PL 1621/2007
Proponente	<ul style="list-style-type: none"> • Poder Executivo à época Fernando Henrique Cardoso; 	<ul style="list-style-type: none"> • Deputado Sandro Mabel (PLGO); 	<ul style="list-style-type: none"> • Deputado Vicente Paulo da Silva (PT-SP). Encampou diretrizes e propostas da CUT;
Situação	<ul style="list-style-type: none"> • O pedido de retirada feito pelo governo Lula em 2003 ainda não foi apreciado, e o projeto continua em tramitação; 	<ul style="list-style-type: none"> • Em tramitação na CTASP – relator Pedro Henry (PP-MT); 	<ul style="list-style-type: none"> • Em tramitação na CDEIC – relator José Guimarães (PT-CE);
Conteúdo	<ul style="list-style-type: none"> • Propõe alterações na Lei 6019/1974 – Trabalho Temporário; • Propõe regulamentação da prestação de serviços a terceiros; 	<ul style="list-style-type: none"> • Propõe regulamentação da prestação de serviços a terceiros; 	<ul style="list-style-type: none"> • Propõe regulamentação da prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista;
Conceito de Terceirização/Objeto	<ul style="list-style-type: none"> • Pessoa jurídica de direito privado que se destina a prestar determinado e específico serviço para outra empresa, fora do âmbito das atividades-fim e normais da tomadora; 	<ul style="list-style-type: none"> • Serviços determinados e específicos; 	<ul style="list-style-type: none"> • Transferência da execução de serviços de uma pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista para outra pessoa de direito privado;
Conceito de atividade-fim	<ul style="list-style-type: none"> • Não prevê; 	<ul style="list-style-type: none"> • Não prevê; 	<ul style="list-style-type: none"> • Conjunto de operações, diretas e indiretas que guardam estreita relação com a finalidade central em torno da qual a empresa foi constituída, está estruturada e se organiza em termos de processo de trabalho e núcleo

	PL 4302/1998	PL 4330/2004	PL 1621/2007
			de negócios;
Licitude da atividade-meio e da atividade-fim	<ul style="list-style-type: none"> • Ambas são permitidas no trabalho temporário; • A atividade-fim não é permitida na prestação de serviços a terceiros. 	<ul style="list-style-type: none"> • Permite a prestação de serviços de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica do contratante. 	<ul style="list-style-type: none"> • Proíbe a terceirização em atividade-fim da empresa.
Quarteirização	<ul style="list-style-type: none"> • Substitutivo do Senado admite a quarteirização. 	<ul style="list-style-type: none"> • Admite a quarteirização. 	<ul style="list-style-type: none"> • Proíbe a contratação de prestadoras constituídas com a finalidade de fornecer mão-de-obra, ressalvados o trabalho temporário e os serviços de vigilância, asseio e conservação.
Informação Prévia	<ul style="list-style-type: none"> • Não prevê. 	<ul style="list-style-type: none"> • Não prevê. 	<ul style="list-style-type: none"> • Obrigatoriedade de informar ao sindicato sobre os projetos de terceirização, no mínimo, com 6 meses de antecedência.
Vínculo de Emprego	<ul style="list-style-type: none"> • Existente entre a prestadora e o trabalhador; • Configurar-se-á com a contratante se presentes os elementos constitutivos, ou quando o trabalho prestado caracterizar desvio de função; • Substitutivo Senado define expressamente inexistência de 	<ul style="list-style-type: none"> • Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços. 	<ul style="list-style-type: none"> • Vínculo empregatício entre a tomadora e os empregados da prestadora sempre que presentes os elementos da CLT que caracterizam relação de emprego, ressalvados os casos que exigem

	PL 4302/1998	PL 4330/2004	PL 1621/2007
	vínculo empregatício.		concurso público para sua admissão.
Direitos/Condições de trabalho	<ul style="list-style-type: none"> • No trabalho temporário estão previstos: igualdade de remuneração e jornada iguais aos da tomadora, proteção previdenciária e contra acidentes; • Substitutivo Senado exclui direitos previstos em Acordo ou Convenção Coletiva. 	<ul style="list-style-type: none"> • Prerrogativa ao contratante estender os mesmos benefícios de seus empregados; • Responsabilidade da tomadora com as condições de segurança e saúde. 	<ul style="list-style-type: none"> • Igualdade de salário, jornada, benefícios, ritmo de trabalho e condições de saúde e segurança.
Responsabilidade	<ul style="list-style-type: none"> • Trabalho temporário - Responsabilidade <i>Solidária</i> pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias; • Prestação de serviços – responsabilidade subsidiária*. 	<ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidade <i>Subsidiária</i> pelas obrigações trabalhistas, com possibilidade de ação regressiva; • Responsabilidade <i>Solidária</i> na relação de quarteirização. 	<ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidade <i>Solidária</i> pelas obrigações trabalhistas, previdenciárias e quaisquer outras, independentemente de culpa, inclusive nos casos de falência.
Punição das Infratoras	<ul style="list-style-type: none"> • Trabalho Temporário – 170 UFIR por trabalhador prejudicado, dobrada em caso de reincidência; • Substitutivo do Senado não especifica valor e anistia infratoras. 	<ul style="list-style-type: none"> • Multa de R\$ 500,00 por trabalhador prejudicado; • Anistia às infratoras das penalidades não previstas nesta lei. 	<ul style="list-style-type: none"> • Multa às tomadoras e prestadoras no valor de 10% do valor do contrato; 15% no caso de reincidência.
Setor Público	<ul style="list-style-type: none"> • Não prevê 	<ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidade por encargos trabalhistas (Lei 8666/93). 	<ul style="list-style-type: none"> • A proposta é específica para setor privado e s.e.m., excluindo o setor público.

	PL 4302/1998	PL 4330/2004	PL 1621/2007
Representação sindical	<ul style="list-style-type: none"> • Inclui guia de recolhimento da contribuição sindical nos requisitos para funcionamento das empresas de trabalho temporário. 	<ul style="list-style-type: none"> • Recolhimento da contribuição sindical à categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante. 	<ul style="list-style-type: none"> • Assegura aos sindicatos das categorias profissionais a representação dos empregados dos empregados administrativa e processualmente; • Comissão com representantes das empresas contratantes e contratadas para acompanhamento dos contratos.
Idoneidade das Empresas	<ul style="list-style-type: none"> • Prevê requisitos para funcionamento das prestadoras de serviços, dentre eles capital único de R\$ 250.000,00 <i>(Substitutivo Senado prevê Capital proporcional ao número de empregados variando entre 10/R\$10 mil e mais de 100/R\$ 250 mil).</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • Prevê requisitos para funcionamento das prestadoras de serviços. Capital proporcional ao número de empregados variando entre 10/R\$10 mil e mais de 100/R\$ 250 mil. 	<ul style="list-style-type: none"> • Prevê capital suficiente para garantir satisfação de direitos e créditos trabalhistas, inclusive na rescisão. Não estabelece valores • Prevê comprovação documental do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive os direitos previstos em acordo coletivo.

Autora: Andréia Puglia Teixeira

* O projeto, do Poder Executivo, que altera a Lei de Trabalho Temporário e regula a prestação de serviços a terceiros já havia sido aprovado na Câmara em dezembro de 2000 e encaminhado ao Senado que o aprovou na forma de substitutivo (PLC 3 de 2001). O parecer do deputado Sandro Mabel (PR/GO), relator na CTASP, acolheu na íntegra o Texto aprovado no Senado, cujas disposições atendem aos interesses da Indústria. No entanto, por acordo, a Comissão do Trabalho aprovou o parecer com destaques para a restauração da responsabilidade solidária para a empresa contratante pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços.

Anexo B – Quadro comparativo da lei atual do trabalhado temporário e com o projeto de lei que visa modificar a lei atual do trabalho temporário.

Modificações	Lei 6.019/1974	Projeto de Lei 4.302/1998
Objetivos	Atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente OU à acréscimo extraordinário de serviços.	Atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente, não decorrente de greve, a demanda extraordinária de serviços OU a necessidade decorrente de variações estacionais da atividade agrária. (Extraordinária é a demanda de serviços oriunda de fatores imprevisíveis ou aquela derivada de fatores cuja ocorrência, embora previsível, seja intermitente ou periódica em escala anual).
Duração do contrato de trabalho temporário	3 meses.	6 meses, prorrogáveis por mais 3 meses.

Anexo C – Projeto de lei 4.302 de 1998.

Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na tomadora de seus serviços, e na empresa de prestação de serviços a terceiros e na contratante de seus serviços regem-se pelo disposto nesta Lei.

Capítulo I

DA EMPRESA DE TRABALHO TEMPORÁRIO

Art. 2º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa jurídica, de natureza comercial, cuja atividade consiste em colocar, temporariamente, trabalhadores por ela remunerados e assistidos à disposição de outra empresa, urbana ou rural.

Art. 3º Compreende-se como empresa tomadora de serviço ou cliente a pessoa física ou jurídica, urbana ou rural, que celebrar contrato com empresa de trabalho temporário, objetivando atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente, não decorrente de greve, a demanda extraordinária de serviços ou a necessidade decorrente de variações estacionais da atividade agrária.

Parágrafo único. Considera-se extraordinária a demanda de serviços oriunda de fatores imprevisíveis ou aquela derivada de fatores cuja ocorrência, embora previsível, seja intermitente ou periódica em escala anual.

Art. 4º Compreende-se como trabalhador temporário a pessoa física contratada por empresa de trabalho temporário para prestação de serviços em outra empresa, destinada a atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente, a demanda extraordinária de serviços ou a necessidade decorrente de variações estacionais da atividade agrária.

Art. 5º São requisitos para o funcionamento das empresas de trabalho temporário:

I – prova de constituição da firma com o competente registro na Junta Comercial da unidade da federação em que tenha sede;

II – prova de possuir capital social igual ou superior ao valor equivalente a 50.000 (cinquenta mil) Unidades Fiscais de Referência – UFIR;

III – prova de entrega da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, bem como apresentação do Certificado de Regularidade junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;

IV – prova de recolhimento da contribuição sindical;

V – prova de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Art. 6º O contrato firmado entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente será obrigatoriamente escrito, e ficará à disposição da autoridade fiscalizadora na sede da empresa tomadora de serviço ou cliente, dele constando, expressamente, o motivo justificador da demanda de trabalho temporário e as modalidades de remuneração da prestação de serviço.

§ 1º Durante a vigência do contrato de trabalho, a empresa de trabalho temporário transfere o poder diretivo sobre os seus trabalhadores à empresa tomadora de serviço ou cliente.

§ 2º O trabalhador temporário pode atuar tanto na atividade-meio quanto na atividade-fim da tomadora de serviço ou cliente.

Art. 7º O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviço ou cliente, com relação a um mesmo empregado, somente poderá exceder de seis meses, prorrogáveis por mais três meses, quando atendido um dos seguintes pressupostos:

I – prestação de serviços destinada a atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente, não decorrente de greve, que exceder de seis meses;

II – manutenção das circunstâncias que geraram acréscimo extraordinário dos serviços e ensejaram a contratação de trabalho temporário.

Parágrafo único. A prorrogação somente será permitida quando não implicar na diminuição dos postos de trabalho do quadro permanente de empregados da tomadora de serviço ou cliente, considerando-se como base a média do número de empregados permanentes nos últimos doze meses anteriores à prorrogação.

Art. 8º O contrato de trabalho celebrado entre a empresa de trabalho temporário e cada um dos trabalhadores colocados à disposição da tomadora de serviço ou cliente será obrigatoriamente escrito, dele constarão expressamente os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei, e ficará à disposição da autoridade fiscalizadora na sede da empresa de trabalho temporário, juntamente com a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS.

§ 1º O registro do trabalhador temporário limitar-se-á à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS de sua condição de temporário e o período correspondente ao início e término do contrato.

§ 2º A empresa de trabalho temporário é obrigada a elaborar folha de pagamento especial para os trabalhadores temporários.

§ 3º É nula, não produzindo qualquer efeito, a cláusula de reserva que proíba a contratação do trabalhador pela empresa tomadora de serviço ou cliente ao fim do prazo em que ele tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário.

Art. 9º São assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

I – remuneração equivalente à percebida pelos empregados de igual categoria da tomadora de serviço ou cliente, calculada com base na carga horária, garantida em qualquer hipótese a percepção do salário mínimo;

II – jornada de oito horas, salvo disposição legal em contrário, remuneradas as horas extraordinárias, não excedentes de duas, com acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento);

III – pagamento de férias proporcionais, no caso de dispensa sem justa causa ou término do prazo pré-fixado no contrato de trabalho, calculado na base de 1/12 (um doze avos) do último salário percebido, por mês trabalhado, considerando-se como mês completo a fração igual ou superior a 15 (quinze) dias, acrescido de 1/3 (um terço) previsto no artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal;

IV – décimo terceiro salário;

V – repouso semanal remunerado;

VI – adicional por trabalho noturno, insalubre ou perigoso;

VII – recolhimento para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;

VIII – seguro contra acidente de trabalho;

IX – proteção previdenciária nos termos da Lei Orgânica da Previdência Social.

Parágrafo único. A tomadora de serviço ou cliente é obrigada a comunicar, nos termos da legislação em vigor, à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um trabalhador posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho para os trabalhadores temporários tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho quanto a sede da empresa de trabalho temporário.

Art. 10. Constituem justa causa para rescisão do contrato do trabalhador temporário os atos e circunstâncias enumerados nos artigos 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho –

CLT, que ocorram entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário ou entre ele e a tomadora de serviço ou cliente onde estiver prestando o serviço.

Art 11. A empresa de trabalho temporário é obrigada a fornecer, mensalmente, à tomadora de serviço ou cliente comprovação do pagamento dos salários e da regularidade de sua situação com a Previdência Social e o FGTS, bem como cópias das respectivas guias de recolhimento.

Art. 12. A tomadora de serviço ou cliente responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias garantidas por esta Lei, no tocante ao período em que o trabalhador estiver sob seu poder diretivo.

Art. 13. O Ministério do Trabalho fiscalizará o cumprimento das disposições desta Lei, especialmente no tocante à manutenção, no âmbito da empresa tomadora de serviço ou cliente, das condições previstas no seu art. 4º e no parágrafo único do seu art. 7º.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no art. 4º desta Lei enseja o encaminhamento de relatório circunstanciado pela autoridade fiscalizadora ao Ministério Público do Trabalho, conforme previsto na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

Art. 14. É vedado à empresa de trabalho temporário cobrar do trabalhador qualquer importância a título de intermediação de mão-de-obra, podendo apenas efetuar os descontos previstos em lei ou em convenção ou acordo coletivo.

Art. 15. As alterações, durante a respectiva vigência, do contrato firmado entre a empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviço ou cliente, que tenham por objeto a redução ou o aumento do número de trabalhadores colocados à sua disposição, serão formalizadas mediante termo aditivo, observado o disposto no artigo 6º desta Lei.

Art. 16. É vedado à empresa de trabalho temporário ter ou utilizar em seus serviços trabalhador temporário, salvo nas hipóteses previstas no artigo 3º desta Lei ou quando a respectiva utilização decorrer de contrato por ela firmado com outra empresa de trabalho temporário.

Art. 17. As infrações ao disposto nesta Lei serão penalizadas com multa de 170 Unidades Fiscais de Referência – UFIR, por trabalhador prejudicado, dobrada no caso de reincidência.

Art. 18. Compete à Justiça do Trabalho dirimir os litígios ocorrentes entre as empresas de trabalho temporário e seus trabalhadores.

Capítulo II

DA EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS

Art. 19. Considera-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, legalmente constituída, que se destina a prestar determinado e específico serviço para outra empresa, fora do âmbito das atividades-fim e normais da tomadora dos serviços.

§ 1º As relações de trabalho entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e seus empregados são regidas pela CLT.

§ 2º A empresa de prestação de serviços a terceiros contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus empregados.

§ 3º Os empregados das empresas de prestação de serviços a terceiros não se subordinam ao poder diretivo, técnico e disciplinar da empresa contratante.

Art. 20. Considera-se contratante, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica que celebrar contrato com empresa de prestação de serviços a terceiros com a finalidade de contratar serviços.

§ 1º Para a celebração de contrato entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e a contratante, as atividades desenvolvidas por ambas, bem como suas finalidades, serão necessariamente distintas.

§ 2º Dependendo da natureza dos serviços contratados, a sua prestação poderá desenvolver-se nas instalações físicas da contratante ou em outro local por ela determinado, garantido-se aos empregados as condições de segurança e saúde no ambiente de trabalho previstas pela legislação trabalhista e pelos atos normativos expedidos pela autoridade competente.

§ 3º É vedado à contratante manter trabalhador em atividade diversa daquela para a qual ele foi contratado pela empresa de prestação de serviços a terceiros.

Art. 21. A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias garantidas por esta Lei, no tocante ao período em que ocorrer a prestação dos serviços.

§ 1º Quando pertencentes ao mesmo grupo econômico, a empresa contratante é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias relativas ao período de duração do contrato, por ela firmado com a empresa de prestação de serviços a terceiros.

§ 2º A empresa de prestação de serviços a terceiros é obrigada a fornecer, mensalmente, à contratante comprovação do pagamento dos salários e da regularidade de sua situação com a Previdência Social e o FGTS, bem como cópia das respectivas guias de recolhimento.

Art. 22. Presentes os elementos constitutivos da relação do emprego previstos na CLT, configurar-se-á o vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores

colocados à sua disposição pela empresa de prestação de serviços a terceiros, o mesmo ocorrendo quando o trabalho por eles prestado caracterizar desvio de função.

Capítulo III

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 23. A empresa de trabalho temporário e a de prestação de serviços a terceiros poderão adotar como objeto social, simultaneamente, o fornecimento de trabalho temporário e a prestação de serviços a terceiros.

Parágrafo único. Caso opte pelo objeto social referido no *caput* deste artigo, a empresa de trabalho temporário e a de prestação de serviços a terceiros elaborarão a folha de pagamento especial prevista no § 2º do art. 8º desta Lei.

Art. 24. As empresas de trabalho temporário e as de prestação de serviços a terceiros em funcionamento na data da vigência desta Lei terão o prazo de noventa dias, a contar de sua publicação, para se adequar às exigências nela contidas.

Art. 25. O disposto nesta Lei não se aplica às empresas de vigilância e de transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela CLT.

Art. 26. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 27. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

Anexo D - Projeto de lei 4330 de 2004.

Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes, quando o prestador for sociedade empresária que contrate empregados ou subcontrate outra empresa para a execução do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se subsidiariamente ao contrato de que trata esta Lei o disposto no Código Civil, em especial os arts. 421 a 480 e 593 a 609.

Art. 2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.

Art. 3º São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I – prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);

II – registro na Junta Comercial;

III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados: capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados: capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados: capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados: capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados: capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

§ 1º Convenção ou acordo coletivo de trabalho podem exigir a imobilização do capital social em até cinquenta por cento dos valores previstos no inciso III deste artigo.

§ 2º O valor do capital social de que trata o inciso III deste artigo será reajustado:

I – no mês de publicação desta lei, pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificada de novembro de 2004, inclusive, ao mês imediatamente anterior ao do início de vigência desta lei;

II – anualmente, a partir do ano subsequente ao do reajuste mencionado no inciso anterior, no mês correspondente ao da publicação desta lei, pela variação acumulada do INPC nos doze meses imediatamente anteriores.

Art. 4º Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados e específicos com empresa prestadora de serviços a terceiros.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

Art. 5º São permitidas sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva.

Art. 6º Os serviços contratados podem ser executados no estabelecimento da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

Art. 7º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança e saúde dos trabalhadores, enquanto estes estiverem a seu serviço e em suas dependências, ou em local por ela designado.

Art. 8º Quando o empregado for encarregado de serviço para o qual seja necessário treinamento específico, a contratante deverá:

I – exigir da empresa prestadora de serviços a terceiros certificado de capacitação do trabalhador para a execução do serviço; ou

II – fornecer o treinamento adequado, somente após o qual poderá ser o trabalhador colocado em serviço.

Art. 9º A contratante pode estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços a terceiros benefícios oferecidos aos seus empregados, tais como atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existentes nas dependências da contratante ou local por ela designado.

Art. 10. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada ação regressiva contra a devedora.

Parágrafo único. Na ação regressiva de que trata o *caput*, além do ressarcimento do valor pago ao trabalhador e das despesas processuais, acrescidos de juros e correção monetária, é devida indenização em valor equivalente à importância paga ao trabalhador.

Art. 11. A empresa prestadora de serviços a terceiros, que subcontratar outra empresa para a execução do serviço, é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa subcontratada.

Art. 12. Nos contratos de prestação de serviços a terceiros em que a contratante for a Administração Pública, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é regulada pelo art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 13. O recolhimento das contribuições previdenciárias relativas aos trabalhadores contratados para a prestação de serviços a terceiros observa o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 14. O contrato de prestação de serviços a terceiros deve conter, além das cláusulas inerentes a qualquer contrato:

I – a especificação do serviço a ser prestado;

II – o prazo para realização do serviço, quando for o caso;

III – a obrigatoriedade de apresentação periódica, pela empresa prestadora de serviços a terceiros, dos comprovantes de cumprimento das obrigações trabalhistas pelas quais a contratante é subsidiariamente responsável.

Art. 15. O recolhimento da contribuição sindical prevista nos arts. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deve ser feito ao sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante.

§ 1º A contribuição sindical devida pelo trabalhador de empresa de prestação de serviços a terceiros, contratado para o cumprimento do contrato de que trata esta Lei, é proporcional ao período em que foi colocado à disposição da empresa contratante e consiste na importância correspondente a um doze avos da remuneração de um dia de trabalho por mês de serviço ou fração superior a quatorze dias.

§ 2º Não é devida a contribuição pelo trabalhador se este já houver pago, no mesmo ano, a título de contribuição sindical, importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, nos termos do art. 582 da CLT.

Art. 16. O disposto nesta Lei não se aplica:

I – à prestação de serviços de natureza doméstica, assim entendida aquela fornecida à pessoa física ou à família no âmbito residencial destas;

II – às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial.

Art. 17. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa administrativa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, salvo se já houver previsão legal de multa específica para a infração verificada.

§ 1º A fiscalização, a autuação e o processo de imposição de multas reger-se-ão pelo Título VII da CLT.

§ 2º As partes ficam anistiadas das penalidades não compatíveis com esta Lei, impostas com base na legislação anterior.

Art. 18. Os contratos em vigência serão adequados aos termos desta Lei no prazo de cento e vinte dias a partir da vigência.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor trinta dias após a publicação.

Anexo E – Projeto de lei 1.621 de 2007.

Dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. A presente Lei dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista.

Art. 2º. Para fins de aplicação desta lei, consideram-se os seguintes conceitos de terceirização, tomadora e prestadora de serviços:

I - terceirização é a transferência da execução de serviços de uma pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista para outra pessoa jurídica de direito privado;

II - tomadora é a pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista que contrata serviços de outra pessoa jurídica prestadora;

III - prestadora é a pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade especializada e que, assumindo o risco da atividade econômica, contrata, assalaria e comanda a prestação de serviços para uma tomadora.

Art. 3º. É proibida a terceirização da atividade-fim da empresa.

§ 1º - Entende-se por atividade fim, o conjunto de operações, diretas e indiretas que guardam estreita relação com a finalidade central em torno da qual a empresa foi constituída, está estruturada e se organiza em termos de processo de trabalho e núcleo de negócios.

§ 2º - Na atividade fim da empresa não será permitida a contratação de pessoa jurídica, devendo tais atividades serem realizadas somente por trabalhadores diretamente contratados com vínculo de emprego.

Art. 4º A empresa que pretenda terceirizar serviços informará ao sindicato respectivo da sua categoria profissional, com no mínimo seis meses de antecedência, sobre os projetos de terceirização.

§ único. No ato de comunicação dos projetos, a empresa deverá fornecer ao sindicato da categoria profissional, dentre outras, as seguintes informações:

I – os motivos da terceirização;

II - os serviços que pretende terceirizar;

III – o número de trabalhadores diretos e indiretos envolvidos na terceirização;

IV – a redução de custos pretendida;

V – os locais de prestação dos serviços;

VI – que prestadoras pretende contratar para executar os serviços, exceto empresas de economia mista, por terem regulamentação própria.

Art. 5º No contrato de prestação de serviços firmado entre a tomadora e a prestadora deverá constar a especificação dos serviços a serem executados e seu prazo de duração.

Art. 6º A tomadora deverá exigir da prestadora e manter sob sua guarda, para fins de controle e fiscalização, cópia dos seguintes documentos:

- a) comprovação do Registro da prestadora na Junta Comercial;
- b) comprovação do capital social integralizado da prestadora, suficiente para garantir a satisfação dos direitos e créditos trabalhistas, inclusive na rescisão;
- c) comprovação de entrega da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) pela prestadora;
- d) Certidão Negativa de Débito Previdenciário (CND) pela prestadora;
- e) comprovação da propriedade do imóvel-sede ou recibo referente ao último mês, relativo ao contrato de locação da prestadora;
- f) inscrição da prestadora no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) da Secretaria da Receita Federal;
- g) comprovação pela prestadora de regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) expedida pela Caixa Econômica Federal;
- h) certidão negativa de infrações trabalhistas pela prestadora, expedida pelos órgãos locais do Ministério do Trabalho e Emprego;
- i) acordo coletivo ou convenção coletiva.

Parágrafo Único: Os itens *d*, *g* e *h* deverão ser entregues mensalmente pela prestadora.

Art. 7º - Dependendo da natureza dos serviços contratados, a sua prestação poderá desenvolver-se nas instalações físicas da tomadora ou em outro local, respeitadas, em quaisquer das hipóteses, as seguintes exigências:

- I – não haverá distinção de salário, jornada, benefícios, ritmo de trabalho e condições de saúde e de segurança entre os empregados da tomadora e os empregados da prestadora que atuem nas instalações físicas da tomadora ou em outro local por ela determinado;
- II – a tomadora será responsável em garantir aos empregados da prestadora, enquanto estes estiverem a seu serviço, os gastos com o deslocamento, bem como, com as acomodações destinadas ao trabalhador terceirizado deslocado do lugar onde iniciou a prestação do serviço;

III - é vedado à tomadora manter empregado em atividade diversa daquela para a qual foi contratado pela prestadora;

IV - os empregados da prestadora não poderão ser subordinados ao comando disciplinar e diretivo da tomadora;

V - a tomadora não poderá exigir a pessoalidade na prestação de serviços.

Art. 8º É proibida a contratação de prestadoras constituídas com a finalidade de fornecer mão-de-obra, ressalvados os casos de trabalho temporário, serviços de vigilância e asseio e conservação.

Art. 9º - A tomadora é solidariamente responsável, independentemente de culpa, pelas obrigações trabalhistas, previdenciárias e quaisquer outras decorrentes do contrato de prestação de serviços, inclusive nos casos de falência da prestadora.

§ 1º. A prestadora é obrigada a fornecer, mensalmente, à tomadora comprovação do pagamento dos salários, do recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS, bem como cópia das respectivas guias de recolhimento, devendo tais informações e documentos serem fornecidos pela prestadora ou tomadora aos sindicatos das categorias profissionais sempre que por eles solicitados.

§ 2º. A tomadora assegurará o pagamento imediato de salários, 13º salário, férias com o terço constitucional e recolhimento de FGTS, sempre que a prestadora deixar de cumprir estas obrigações com seus trabalhadores.

Art. 10. Haverá vínculo empregatício entre a tomadora e os empregados da prestadora, sempre que presentes os elementos previstos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que caracterizam a relação de emprego - ressalvados os casos que exigem concurso público para a sua admissão, sem prejuízo do previsto no caput e § 1º do artigo 9º.

Art. 11. Será assegurado aos sindicatos das categorias profissionais representarem os empregados administrativa e judicialmente, na qualidade de substituto processual, com o objetivo de assegurar o cumprimento do disposto nesta Lei.

Art. 12. Será constituída Comissão formada por representantes das empresas prestadoras, contratadas e sindicatos de trabalhadores para acompanhamento dos contratos de prestação de serviços.

Art. 13. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita os infratores (tomador e prestador) ao pagamento de multa percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato de

terceirização em favor do trabalhador prejudicado, se movida por este Reclamação Trabalhista perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º. No caso de reincidência o valor percentual da multa será de 15% (quinze por cento).

§ 2º. No caso de ações coletivas movidas pelo Ministério Público do Trabalho, entidades sindicais ou em caso auto de infração lavrado por Auditor Fiscal do Trabalho, a multa será cobrada por trabalhador prejudicado e revertida ao Fundo de Amparo do Trabalhador.

Art. 14. Os contratos de prestação de serviços em vigor na data da vigência desta Lei terão o prazo de noventa dias, a contar de sua publicação, para se adequar às exigências nela contidas, exceto a estabelecida no artigo 4º.

Art. 15. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.