

A TERCEIRIZAÇÃO NA TANGENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Thauana Mirella Macedo¹
Otávio Augusto Custódio de Lima²
Artigo³

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO, 1 EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL, 1.1 Evolução legislativa, 1.2 Posicionamento recente do TST sobre a Terceirização - definição de atividade fim e atividade meio, 1.3 Posicionamento recente do STF sobre terceirização de atividade fim e atividade meio. 2 TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO, 2.1 Combate ao nepotismo, 2.2 O impacto nos concursos públicos, 2.3 O empregado frente a súmula 331 do TST. 3 A TERCEIRIZAÇÃO E A LEGISLAÇÃO VIGENTE, 3.1 A terceirização e o decreto 9507/2018, 3.2 Responsabilidade da administração pública na relação do empregado e empregadora. CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente trabalho visa a apresentação do instituto da terceirização frente a administração pública, após a publicação da Lei da reforma trabalhista e o decreto nº 9507/2018. O objetivo da pesquisa foi destacar pontos da legislação expondo as lacunas que o legislador deixou após a edição das normas jurídicas. O procedimento metodológico adotado foi o dedutivo, utilizando-se a pesquisa bibliográfica documental. A pesquisa concluiu que a terceirização na administração pública possui desvantagens tanto para o trabalhador como para a administração pública as quais não foram calculadas, que a evolução da legislação para regulamentar a terceirização no ambiente público se perdurou por muito tempo e ainda assim quando a legislação veio à tona não foi suficiente para amparar o instituto e sua aplicação.

Palavras-chave: Terceirização. Administração pública. Legislação.

ABSTRACT

This paper aims to present the outsourcing institute to the public administration, after the publication of the Labor Reform Law and Decree No. 9507/2018. The objective of the research was to highlight points of the legislation exposing the gaps that the legislator left after the edition of the legal norms. The methodological procedure adopted was deductive, using documentary bibliographic research. The methodological procedure adopted was deductive, using documentary bibliographic research. The research concluded that outsourcing in public administration has disadvantages for both the worker and public administration that were not calculated, that the evolution of legislation to regulate outsourcing in the public environment lasted long and yet when legislation came. Surfacing was not enough to support the institute and its application.

Keywords: Outsourcing. Public administration. Legislation.

¹Aluna do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

²Professor Ms. do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

³ Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

INTRODUÇÃO

Trabalho é algo que alguma vez na vida teremos que realizar, na atualidade mudanças no dia-a-dia anda ocasionando diversos tipos de impactos, como novas profissões, ferramentas de trabalho e a busca da independência financeira, refletindo diretamente na legislação vigente. Muitos estudam em busca de uma colocação melhor no mercado de trabalho, e são atraídos aos concursos públicos por conta de benefícios como salário e estabilidade, toda via a procura alta, as fases do processo seletivo em grau elevado de conhecimento, coloca a “nomeação e posse” em um futuro nada perto.

E o que já está longe de ser polêmico, pode ficar mais ainda, com a terceirização na administração pública, aprovada pelo decreto 9507/2018, que pela primeira vez estabeleceu a diferença entre o cabimento da terceirização administração direta, autarquias e fundações públicas e nas empresas estatais e subsidiárias.

O que aparentemente poderia ser uma exorbitante evolução pode atrair consequências que jamais foram previstas e imagináveis, visto que, para poder exercer algo deste porte deve possuir uma estrutura fortificada e uma lei sem lacunas, onde as sanções em caso de resultados negativos estejam previstas. Afirma, Maurício Godinho Delgado, a terceirização, “se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho”, ocasionando indesejado rebaixamento do “modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país” (Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ed. LTr, 2017, p. 543/544).

Possuindo o assunto mais que atual, não há entendimento da doutrina pacificada (consolidada), o objetivo da pesquisa de trabalho é aclarar as ideias sobre a terceirização com ênfase em alguns pontos como o nepotismo, entendimento dos tribunais e legislação atual, a metodologia abordada será através de doutrina, jurisprudência e o ordenamento jurídico, comparando ambos e destacando o que for de valência.

2 EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

2.1 Evolução legislativa

Antes de falarmos sobre a evolução legislativa da terceirização no Brasil, precisamos entender o que de fato é este instituto, qual o seu objetivo e onde surgiu e como chegou ao nosso País.

Originada dos Estados Unidos após a vinda da Segunda Guerra Mundial (um conflito bélico, o qual envolveu quase todas as Nações, movimentando diversos militares e ocasionando diversas mortes, tanto de soldados como da população, levando alguns países à miséria), fazendo com que as indústrias bélicas passassem a produzir e concentrar grande quantidade de armamentos para serem usadas contra a força do eixo. Querendo fazer a produção em grande escala, buscaram a diminuição do nível hierárquico e descentralizaram tarefas secundárias, que ocupavam muito tempo, com a finalidade de se obter uma alta produção, este movimento também ficou conhecido como *outsourcing* (terceirização na linguagem inglesa).

Maurício Godinho Delgado (2002; p.417), conceitua-a sendo “a expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi constituído pela área de administração de empresas, fora da cultura do direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro da empresa.”.

Lívio Giosa, afirma que terceirização é “[...] um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua.” (GIOSA apud MORAES, 2003, p.64).

Ao que pese o entendimento de Ciro Pereira da Silva, o fenômeno da terceirização pode ser definido como: “[...] a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando competitividade.” (SILVA apud MORAES, 2003, p. 65).

Agora no âmbito brasileiro, a terceirização foi deslocada através das grandes empresas multinacionais (principalmente automobilística), em torno do ano de 1950, por quererem se preocupar somente com o principal negócio não com as acessórias. Não podemos nos esquecer das empresas de limpeza, um dos primeiros setores a serem terceirizados pelas grandes empresas, surgindo em meados de 1967.

E aos poucos foi englobando e engajando outros serviços, tanto no mercado de trabalho privado como o público, como por exemplo: empresas de cobrança, empresas de telemarketing, empresas de segurança, corretores de imóveis.

Aos poucos a legislação da terceirização foi surgindo, porém isto não começou com uma lei em específico e sim com um artigo ou outro, regulamentando ou incluindo uma característica em uma determinada profissão.

A lei nº 4.594, de 29 de Dezembro de 1964 que regulamenta o exercício da profissão dos corretores de seguro e sua habilitação, especificadamente no artigo 18, alínea “A e B”, garante que as seguradoras somente podem adquirir propostas de seguro por intermédio dos corretores de seguro devidamente habilitados e diretamente dos proponentes ou seus legítimos representantes. Está discriminou uma forma de terceirização, tendo em vista que quem busca o cliente e faz o intermédio da negociação é o corretor, e não a própria seguradora.

Na sequencia entraram em vigor os Decretos Leis nº 1.212 e 1.216, de 1966, concedendo a permissão às entidades bancárias para destinar os serviços de segurança a empresas privadas, exemplo: carro forte que buscam e entregam os malotes de dinheiro; os seguranças que ficam dentro das agências. Em 1968, o decreto nº 62.756, foi publicado estabelecendo mais regras no tocante a esta autorização.

Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ed. LTr, 2002 p. 418), faz a afirmativa de que o início da norma jurídica se deu em 1940, já com a Consolidação das Leis do Trabalho, cujo artigo 455 previu a possibilidade do emprego da força de trabalho de terceiros por meio do instituto da “subempreitada”, alçando-a à condição de exceção à configuração do vínculo empregatício extraível dos artigos 2º e 3º da Consolidação, a pressupor a existência, em especial, dos elementos da personalidade e da subordinação direta.

Em 1974, veio a lei que regulamentava o trabalho temporário nas empresas urbanas, embora não se trata de forma direta sobre o tema da terceirização, contribuiu muito para tal. Eis que o trabalho temporário consiste em regras diferentes do trabalhador originário comum, tendo em vista que possui inicio estipulado, e algumas regras em específico. Muitas das vezes não só a parte contratante tinha interesse, e sim, a contratada também. A contratante buscava mão de obra barata, e o contratada algo que se encaixasse na sua rotina, exemplo: os estudantes, domésticos, o que é confirmado pela obra do doutrinador Ricardo José Macêdo Britto Pereira:

[...] A terceirização abala aspectos essenciais da CLT, como a subordinação e a personalidade diretas. Inverte a regra geral da indeterminação do prazo contratual, para consagrar a temporalidade. A rotatividade muitas vezes inviabiliza o gozo das férias. Os sindicatos de terceirizados desfrutam de

menores condições de mobilização e reivindicação. As estatísticas dos acidentes de trabalho indicam que sua incidência aumenta nas hipóteses de terceirização. (PEREIRA, Ricardo José Macêdo Britto. Terceirização, a CLT e a Constituição. Disponível em: <http://trabalho-constituicaocidadania.blogspot.com/2013/>. Acesso em 20 de agosto de 2018).

Veja-se que nos anos 1990 a defesa da terceirização era centrada na geração de postos de trabalho. Hoje, diante da melhoria dos dados do emprego, a defesa é o aumento da competitividade, a indução do crescimento econômica e a “modernização” das relações de trabalho (BIAVASCHI; OLIVEIRA, 2015).

Tendo vários conflitos no âmbito da Justiça do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho e Supremo Tribunal Federal, com o advento da reforma trabalhista, a lei nº 13.429/17, trouxe alterações na lei nº 6.019/74, ademais foi publicado o decreto nº 9507/18 que especificou a terceirização na administração pública.

No artigo 4º-A da Lei do trabalho temporário, informa que é a empresa prestadora do serviço que contrata, remunera e aponta o trabalho realizado pelos obreiros ou subcontrata outra para a realização destes serviços, acrescentou ainda a reforma trabalhista que não há existência de vínculo empregatício entre os empregados, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

As especificações para que a empresa o exercício da empresa prestadora de serviço a outros, também foi incluído pela reforma no artigo 4º-B:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da 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.

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).

Sem estes a empresa terceirizadora não pode funcionar, tendo em vista que o rol é taxativo e não exemplificativo. A reforma também assegurou mais direitos aos trabalhadores:

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4o-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

O art. 5º-B da Lei 6.019/1974, trazido juntamente com a reforma trabalhista, Lei 13.429/2017, especificou que o contrato de prestação de serviço deve possuir: qualificação das partes; especificação do serviço a ser prestado; prazo para realização do serviço, quando for o caso e valor.

2.2 Posicionamento recente do TST sobre a Terceirização - definição de atividade fim e atividade meio

Em 03/08/2017 a SDI – 1, do Tribunal Superior do Trabalho tomou direcionamento e decidiu o posicionamento em que os contratos celebrados e extintos antes da lei nº 13.429/2017, e o entendimento consolidado na Súmula 331, item I, do TST, aplicam se a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo de forma direta com o tomador dos serviços.

A lei da terceirização não diminuiu os serviços passíveis de terceirização, exceto a atividade-meio da empresa, o que trouxe o entendimento que já havia sido autorizada a terceirização nas atividades-fim das empresas. Entretanto mesmo com tamanha amplitude na atividade-meio, a legislação ficou ausente no tocante a terceirização da atividade-fim, o que consequentemente trouxe a incerteza de um posicionamento jurídico específico.

2.3 Posicionamento recente do STF sobre terceirização de atividade fim e atividade meio

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, julgou a ADPF nº 324 e o recurso extraordinário de repercussão geral nº 958252, que tratava do tema da possibilidade de terceirização em todas as atividades exercidas pela empresa, independente assim se fossem começo, meio ou fim, ressalta-se que esta alteração já havia sido trazida com o advento da reforma trabalhista.

Foram 7 votos a favor (os ministros Luís Roberto Barroso (relator da ADPF), Luiz Fux (relator do RE), Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia) contra 4 contrários (Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio), o que determinou totalmente lícita a terceirização em todas as fases do processo de produção, ou seja, somente confirmou que a lei da reforma trabalhista já havia regulamentado, assim sua decisão vinculou todo o Judiciário.

Vamos destacar alguns pontos do voto de grande valência:

Voltando ao domínio internacional, vale mencionar a **Recomendação nº 198/2006 da Organização Internacional do Trabalho – OIT**, a versar a conveniência de, no domínio das políticas nacionais, os países membros definirem normativamente “indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho”, sublinhando a integração do trabalhador na organização da empresa, a pessoalidade na prestação do serviço contratado e a garantia da continuidade do vínculo no tempo – item 13.a. Cuidam-se de elementos fundamentais incompatíveis com a irrestrita terceirização de serviços.

Reforça tal compreensão o previsto na Convenção/OIT nº 155 – internalizada pelo Decreto nº 1.254/1994, que, ao dispor sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, prevê a necessidade de “cooperação entre os empregadores e os trabalhadores ou seus representantes na empresa” como elemento essencial na organização empresarial – artigo 20 –, **princípio cuja observância encontra importante óbice em locais profundamente marcados pela terceirização da mão de obra.**

(...)

Muito já se caminhou no sentido da melhoria das condições gerais do **trabalho e da fixação da remuneração mínima, mas ainda é patente a desigualdade econômica em comparação com o empregador, agravada pelo excesso de mão de obra e escassez de emprego.** Tendo em vista a temática afeta à terceirização de serviços, não pode o julgador afastar-se do que é mais próprio ao Direito do Trabalho, ou seja, a disparidade jurídica na qual se encontram as partes contratantes, ante as particularidades de cada situação e o momento vivido. Em razão da gravidade das implicações do entendimento a ser adotado pelo Supremo e limitando-me ao que versado nos processos em exame, concluo no sentido de reconhecer-se a compatibilidade, não só com a Constituição Federal mas também com a tradição jurídica da legislação protetiva no Brasil, do verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho e, por consequência, dos pronunciamentos judiciais formalizados em demandas subjetivas que dele se

utilizam para, na busca pela almejada realização da Justiça, dar a cada um o que lhe é devido. – grifo meu.

Seria ter considerado a regulamentação da terceirização em qualquer atividade usando do argumento subsidiário a crise no mercado de trabalho, sem observar como essa regulamentação pode afetar os direitos principais dos empregados.

3 TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

3.1 Combate ao nepotismo

Vedado pela própria Constituição Federal, pois vai contra os princípios da moralidade, impessoabilidade e igualdade, o nepotismo é a ação que um agente possui em nomear, contratar ou favorecer, um ou mais parentes.

O Supremo tribunal também se posicionou e pacificou o entendimento na súmula vinculante nº 13, afirmando que a nomeação de parente em linha reta, colateral ou ainda por afinidade, até o terceiro grau, cônjuge ou até mesmo companheiro, inclusive da autoridade nomeante ou do servidor da mesma pessoa jurídica investido no cargo de direção, assessoramento ou chefia, para o exercício da atividade em cargo de comissão, confiança ou de gratificação na administração pública (direta e indireta) em qualquer um dos poderes da União, Estado, Distrito Federal e Municípios faz violação a Constituição Federal Vigente.

Como forma de combate o nepotismo, foi publicado o Decreto nº 7.203 de 04 de Junho de 2010, com nove artigos, onde vamos destacar alguns:

Art. 5º Cabe aos titulares dos órgãos e entidades da administração pública federal exonerar ou dispensar agente público em situação de nepotismo, de que tenham conhecimento, ou requerer igual providência à autoridade encarregada de nomear, designar ou contratar, sob pena de responsabilidade.

Parágrafo único. Cabe à Controladoria-Geral da União notificar os casos de nepotismo de que tomar conhecimento às autoridades competentes, sem prejuízo da responsabilidade permanente delas de zelar pelo cumprimento deste Decreto, assim como de apurar situações irregulares, de que tenham conhecimento, nos órgãos e entidades correspondentes.

Art. 6º Serão objeto de apuração específica os casos em que haja indícios de influência dos agentes públicos referidos no art. 3º:

I - na nomeação, designação ou contratação de familiares em hipóteses não previstas neste Decreto;

II - na contratação de familiares por empresa prestadora de serviço terceirizado ou entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal.

Art. 7º Os editais de licitação para a contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal, deverão estabelecer vedação de que familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança.

Art. 8º Os casos omissos ou que suscitem dúvidas serão disciplinados e dirimidos pela Controladoria-Geral da União.

Nestes artigos estão previsto as sanções e o meio de fiscalização ao combate do nepotismo. Toda via com advento da terceirização na via da administração pública a fiscalização tem que se tornar mais forte assim como as sanções, tendo em vista que no dia a dia podemos ver vários familiares sendo privilegiados em prefeituras ou órgãos públicos. Devemos observar mais está insegurança jurídica, onde se a administração pública abre procedimento licitatório para terceirizar uma atividade, a pessoa jurídica representada pelo candidato não pode possuir vinculo com o agente público, mais o que pode acontecer quando algum ou alguns dos funcionários possuem qualquer grau de “intimidade” com o agente público. Esta é mais uma lacuna que o legislador nos deixou.

3.2 O impacto nos concursos públicos

Mesmo a incerteza de como funcionaria na prática a regulamentação da terceirização da atividade-fim, o presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Adalberto Xisto Pereira, no dia 19 de Fevereiro de 2019, afirmou que sua gestão avalia como alternativa a terceirização das atividades exercidas pelos cartórios do Tribunal, perante a direção do sindicato, e que em breve, a terceirização tomaria a segunda instância assim como as demais repartições públicas.

Sabemos que no Brasil, o que começa com um jeitinho brasileiro se perdura por muitos anos, desta maneira podemos imaginar que a terceirização é vista como uma mão de via rápida e econômica, eis que para a realização de um concurso até a convocação oficial de um candidato apto, pode levar anos, e sem falar no procedimento e gasto orçamentário que o concurso enseja.

O concurso faz com que aquele que vai prestar serviços para administração seja escolhido com isonomia no entendimento de Carolina Zancaner Zockun (2014, p. 119), “dentro do sistema de meritocracia, dentre os melhores para o desempenho daquela atividade”.

Igor Daltro, especialista e professor em Direito Administrativo, declara que o decreto da terceirização não traz tantos ricos aos concursos públicos, eis que os serviços de terceirização seriam os de auxiliares, instrumentais ou acessórios, que não se opõe nas vedações previstas que possa ser de objeto da administração direta, autárquica e fundacional.

Quando o decreto foi publicado o objetivo do ministério do planejamento e gestão era uniformiza, o procedimento de terceirização na administração pública. Podemos refletir então que os terceirizados ocupariam vagas dos servidores públicos que dificilmente seriam abertas novamente, uma vez que vemos com frequência o déficit de funcionários na administração pública que quando publica o edital do concurso público possui apenas cadastro reserva ou uma vaga. Tamanha, artimanha é de se publicar editais com cadastro reserva, assim os candidatos que esperam por anos não usam do mandato de segurança para exigir o direito da tão sonhada e almejada posse.

Deve se ressaltar que o decreto não abordou especificadamente os concursos, mais sim as relações trabalhistas, o que afeta os colaboradores que possuem regime da CLT, não os servidores estatutários.

3.3 O empregado frente à súmula 331 do TST

Para o empregado o que a princípio pode ser visto como novas chances de emprego, pode se retirar vários ou reduzir vários benefícios ou direito, á luz da súmula 331 do TST, pode destacar alguns destes.

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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

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

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

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços

quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

A antiga súmula 256 do TST vem introduzida na súmula no inciso I da súmula 331 do TST, no instituto dos efeitos jurídicos da terceirização ilícita. Concluído que a terceirização é ilícita, o ordenamento jurídico anula a relação do vínculo trabalhista com a entidade que terceiriza e de pronto, reconhece o vínculo trabalhista direto entre o colaborador e o tomador de serviço, desta maneira deve-se ao empregado todas as normas trabalhistas da categoria. Mais isto só vem ocorrer quando a terceirização for considerada ilícita, quando for ao contrário (terceirização lícita), os incisos I e II da súmula 331 e o artigo 4º-A, §2º da Lei 6019/74, considera mantido o vínculo da empresa terceirizadora, não reconhecendo o vínculo com a tomadora do serviço.

A terceirização independente de ser lícita ou não, automaticamente traz o tratamento isonômico que deveria possuir a aplicação dos salários frente aos demais contratados admitidos pela tomadora do serviço. A constituição federal afirma no artigo 7º, XXXII, que taxativamente não haverá proibição da distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, já a lei do contrato temporário, no artigo 12 “a” garante a mesma remuneração ao trabalhador terceirizado recebida pelos obreiros da mesma categoria da empresa tomadora ou clientes calculados à base horária, estamos falando do salário equitativo.

4 A TERCEIRIZAÇÃO E A LEGISLAÇÃO VIGENTE

4.1 A terceirização e o decreto 9507/2018

Partindo-se da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 324 e REEx nº 958.252) em relação ao avanço da terceirização, em aumentar o rol da atividade fim não traz fim ao dilema na Administração Pública, uma vez que é de conhecimento que a mesma não pode se valer da terceirização pois o artigo 37 da Constituição Federal, obriga a realização de concurso público para ingresso nos cargos empregos públicos.

O decreto 9507/2018 sobre a execução indireta, mediante contratação, dos serviços de contratação da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Em seu artigo 3º fica evidenciado o que não pode se objeto de terceirização:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção;

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta. – grifo meu.

Nesta forma restringiu-se a terceirização para atividades secundárias, mais ainda sem poder de decisão, toda via as regras ficaram flexíveis por parte das estatais:

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente;

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do caput poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do caput quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços. – grifo meu.

Entende-se que o incidente sobre a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, o qual é proibida a terceirização de atividades coincidentes com as atribuições

dos cargos públicos, salvo aquelas atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias, previstas no § 1º do art. 3º do Decreto nº 9.507/2018. No tocante as estatais, na redação do art. 4º do Decreto nº 9.507/2018, a vertente de não terceirização das atividades semelhantes com as atribuições de seus cargos é subsidiariamente mais suave, podendo ser afastada por ato de competência discricionária baseado nos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade. Encontrando amparo que os cargos estatais não são criados por lei em específico mais sim, a própria estatal por meio de plano de cargos e salários ou documento de igual validade. Tendo competência discricionária para criar e extinguir seus cargos, ou seja, se não criam o cargo, não são obrigadas e nem podem promover o concurso público, já se criam o cargo, passam a ser obrigadas a realizar o concurso.

4.1 Responsabilidade da administração pública na relação do empregado e empregadora

Como regra geral a responsabilidade da administração pública é encontrada na Lei do trabalho temporário de 1974, no seu artigo 16, se estabelece a responsabilidade solidária da empresa tomadora dos serviços no tocante as verbas previdenciárias, remunerações (rol taxativo) e indenizações, entretanto esta responsabilidade será aplicada somente quando ocorrer à falência da empresa terceirizante.

Eis que em 1990 se pacifica novo entendimento na súmula 331 do TST, que “*o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também no título executivo judicial*”. Desta maneira, a súmula passou as restrições da parcelas do artigo 16 da Lei 6019/74.

O que também ficou mantido também com o advento da reforma trabalhista Lei 13.429/2017.

Entretanto a lei de licitações 8666/93, no artigo 71 §1º afirma que o inadimplemento da relação com o contratado com observância das dividas trabalhistas de outra natureza não transfere a administração pública a responsabilidade por seu pagamento. Toda via, a jurisprudência não aplica o referido artigo, com base na Súmula 331 do TST, retoma a administração a conferencia da eficácia à vedação constitucional do não estabelecimento da relação empregadora, ainda que administrativa do obreiro com o Estado, sem o requisito formal do concurso público, não poderia a súmula excluir o Estado da responsabilidade pois

seria uma afronta a Constituição Federal que assegura de maneira pétrea os direitos dos trabalhadores.

Proposta ADC 16-DF, perante o STF, se declarou constitucional o artigo 16 das licitações, por isso através do Res. 174/2011, TST a súmula 331 sofreu edições nos incisos IV e V:

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

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

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

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

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

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

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

Ou seja, houve a adequação jurisprudencial referente à decisão tomada pelo STF, excluindo a responsabilidade objetiva e subjetiva por culpa. E se mantendo a corrente da responsabilidade por culpa *in vigilando*, omissão do dever de fiscalização.

CONCLUSÃO

Avaliando todo o contexto o que se pode concluir é que a terceirização no âmbito da administração pública possui alguns limites e outras vezes não, o decreto veio para sanar algumas lacunas que o legislador deixou vigente e pacífica o entendimento jurisprudencial.

O legislador foi omissivo por muito tempo, o que não pode ocorrer, pois a todo o momento temos mudanças, o mesmo tem que buscar acompanhar a evolução assegurando a sociedade leis que expõem direitos e deveres de ambas as partes.

O STF e TST mesmo tendo hierarquia, devem se unir para a evolução trabalhista, uma vez que isto pode afetar o mercado de trabalho diretamente e indiretamente o mercado financeiro, e também não deixar lacunas que deverão ser preenchidas a qualquer custo pelo legislador. Quando uma lacuna na lei é encontrada se abre espaço para dúvidas e julgamentos diversos não assegurando as partes um procedimento legal, eficaz e justo.

Desta forma podemos ver o que o ponto forte da terceirização seria a mão de obra rápida, é muito mais fácil você fazer um processo de terceirização do que um procedimento de concurso público. Além da reposição desta mão de obra, no caso do concurso público fica vago e espera os trâmites legais para a reposição, já a terceirização seria uma maneira mais célere de repor esta mão de obra.

Nota-se que administração pública tem que ser fiel ao combate do nepotismo, como por exemplo, a fiscalização semestral dos órgãos e uma espécie de canal de ouvidoria para assim evitar as fraudes.

O índice alto da procura pelos concursos somente cresce no decorrer, já que o mesmo trás uma “estabilidade” e benefícios que são muitos difíceis de encontrar no mercado de trabalho privado. O decreto 9507/2018 especificou quando a possibilidade da terceirização, o mesmo demonstra que os concursos não serão extintos como era o medo de muitos, toda via, o procedimento traz mais segurança do que a terceirização, já que o candidato selecionado foi escolhido com isonomia e aprovação, para ser implantada a terceirização mesmo que não seja a frente de cargos que possuem poder de decisão, a empresa terceirizadora deverá comprar como que escolhe seus candidatos para que não ocorra benefício em proveito próprio acarretando desta maneira até mesmo o malefício a administração pública.

No tocante a responsabilidade da administração pública entre empregado e empregadora implementando também uma fiscalização rígida, devendo o órgão público verificar os depósitos das verbas trabalhistas e holerites, assim como pode especificar uma cláusula no termo de adesão com a empresa terceirizadora assegurando que parte do valor do contrato fique depositada em juízo para no caso que a empresa deixe de arcar com os direitos dos funcionários possa se ter um recurso e não deixá-los a deriva. Assim evita-se que a administração seja penalizada, pois é muito mais vantajoso você prevenir algo que não deveria acontecer do que arcar com os custos de algo que aconteceu.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS, S. P. (2018). Terceirização no Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva.

MOTTA, Fabrício. Tratado de direito administrativo/administração pública e servidores públicos. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, L. L. (2015). A terceirização e a precarização nas relações de trabalho. São Paulo: Ltda.

http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/4__criticas_a_terceirizacao_na_administracao_publica.pdf

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF324eRE958.252VotodoMMA.pdf>

ZOCKUN, Carolina Zancaner. A terceirização na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2014.