

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI**

MIRIAM FERREIRA DOS SANTOS

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

TEÓFILO OTONI

2018

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI**

MIRIAM FERREIRA DOS SANTOS

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito do Trabalho e Direito Administrativo.

Orientadora: Msc. Prof^a Hazel Ena do Socorro Santos

TEÓFILO OTONI

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

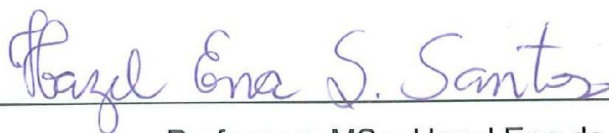
O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

elaborado pela aluna Míriam Ferreira dos Santos foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Teófilo Otoni, nas Minas Gerais, 10 de julho de 2018.



Professora MSc. Hazel Ena do Socorro Santos



Professor MSc. Wallasce Almeida Neves



Professor MSc. Liliâne de Almeida Neves

Dedico este trabalho aos meus pais, irmãos, meu esposo, meu filho e a toda minha família que acreditou na realização deste projeto.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, o autor da minha vida, sem ele esse sonho não teria se realizado, ao Senhor toda honra e toda glória.

Agradeço imensamente a minha Mãe que sempre sonhou os meus sonhos, obrigada Mãe pelo amor, incentivo e carinho incondicional.

Ao meu pai agradeço pelos ensinamentos que contribuíram para a pessoa que hoje sou.

Ao meu marido Weverson, meu agradecimento pelo amor, incentivo e confiança.

Ao meu bebê Samuel, bênção e presente de Deus em minha vida, te dedico essa vitória meu filho.

Aos meus irmãos, em especial ao Antonio Cesar, obrigada maninho pelo incentivo e carinho de sempre.

Aos meus sogros Geraldo e Camélia que sempre me incentivaram a prosseguir, o meu muito obrigado.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que me oportunizaram o conhecimento, e me mostraram o caminho do sucesso, o meu muito obrigado.

A minha orientadora Hazel, pelo suporte, pelas suas correções e incentivos.

Por fim agradeço a todos que direta ou indiretamente contribuíram para minha formação, o meu muito obrigado.

"As revoluções são a locomotiva da história" (Karl Marx)

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

CNDT – Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas

EPI – Equipamento de Proteção Individual

FGTS – Fundo de Garantia de Tempo de Serviço

OJ – Orientação Jurisprudencial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso, faz jus ao tema da responsabilidade subsidiária da administração pública em face da terceirização abordando diversos julgados do Tribunal Superior do Trabalho após a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, ADC16/DF, tendo o entendimento ao qual dispõe que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas (dentre outros), não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu adimplemento. O desenvolvimento desta dissertação científica, percorre um breve relato da evolução do direito do trabalho e sua evolução, um relato sobre a terceirização, e a mesma na Administração Pública, bem como dos princípios legais e constitucionais trabalhistas e princípios administrativos para defender a tese de que a responsabilidade subsidiária imputada ao ente público ainda continuara se restar configurada a culpa in vigilando. Colaborando com este raciocínio traz-se à discussão a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social no Direito do Trabalho. Formas alternativas de fiscalização. Ao final, foram colacionadas diversas jurisprudências do TST, que ônus da prova da fiscalização cabe a administração pública, sempre buscando a proteção do hipossuficiente e vulnerável na relação trabalhista.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade subsidiária. Culpa in vigilando, Administração Pública, Súmula 331 do TST, ADC 16/DF.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course, is entitled to the subject of subsidiary responsibility of the public administration in the face of outsourcing addressing various judgments of the Superior Labor Court after the declaration of constitutionality of article 71, paragraph 1, of Law No. 8.666 / 93 , ADC16 / DF, with the understanding that the default of the contractor, with reference to labor charges (among others), does not transfer to the Public Administration the responsibility for its compliance. The development of this scientific dissertation follows a brief account of the evolution of labor law and its evolution, a report on outsourcing, and the same in Public Administration, as well as legal and constitutional labor principles and administrative principles to defend the thesis that the subsidiary responsibility imputed to the public entity will continue to be subtracted configured guilt in the monitoring. Collaborating with this reasoning brings to the discussion the application of the principle of the prohibition of social retrogression in Labor Law. Alternative forms of supervision. In the end, several jurisprudence of the TST was collation, that burden of the proof of the inspection falls to the public administration, always seeking the protection of the hyposufficient and vulnerable in the labor relation.

Keywords: Outsourcing. Subsidiary liability. Guilt in surveillance, Public Administration, Summary 331 of the TST, ADC 16 / DF.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	21
2.1 Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil	23
2.2 Direitos constitucionais trabalhistas.....	30
2.3 Relação de emprego e contrato de trabalho	31
2.4 O contrato de trabalho.....	35
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO	41
3.1 Conceito de terceirização	44
3.2 Natureza jurídica da terceirização	45
3.3 Vantagens e desvantagens da terceirização	45
4 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	49
4.1 Do litisconsórcio passivo e da responsabilidade na terceirização	50
4.1.1 Do litisconsórcio	51
4.2 Da responsabilidade	52
4.3 Súmula 331 TST.....	54
4.4 A responsabilidade solidária da administração pública pela terceirização..	56
4.5 A responsabilidade subsidiária da administração pública jurisprudência..	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem o objetivo de demonstrar “A responsabilidade da Administração Pública na Terceirização”, motivado pela repercussão e debate do tema em relação a inadimplência das verbas trabalhistas dos empregados, o trabalho foi realizado através de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais que debatem a terceirização trabalhista na administração pública.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos e conclusão, no capítulo primeiro será abordado à evolução histórica do Direito do Trabalho no mundo e no Brasil, direitos adquiridos e conquistados pelo trabalhador, a relação entre empregador e empregado, além de ressaltar conceitos importantes na relação de trabalho.

O capítulo II trabalha no que tange ao surgimento e evolução da terceirização, a importância desse processo de transferência de contratação para a economia brasileira, administração pública, suas vantagens e desvantagens de terceirizar serviços.

O terceiro capítulo utiliza mecanismos para agregar conhecimento ao tema através de literaturas, doutrinas, jurisprudências, orientação de órgãos de controle, bem como de uma dissertação do conceito da responsabilidade civil da administração pública em relação à terceirização.

Ainda neste capítulo será abordado o entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho acerca da responsabilidade do ente público em relação ao empregado.

O presente trabalho visa contribuir com propostas para futuros estudos para ampliação e interpretação dos resultados e expectativas na proteção do empregado, sendo este a parte vulnerável na relação de emprego.

Será observado ainda o entendimento do Supremo Tribunal Federal, vez que foi proferido um acórdão político através protegendo os entes federativos em face aos empregados.

Esse trabalho de pesquisa encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentadas as conclusões dos tópicos estudados, estimulando a continuidade de pesquisas e estudos em relação ao objeto de pesquisa, que é a Terceirização na Administração Pública.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Ao discorrer sobre a terceirização na Administração Pública e sua responsabilidade em face do trabalhador é necessário destacar o surgimento e evolução histórica do Direito do Trabalho.

Para Rubens Ferreira de Castro, menciona-se que:

“O Direito do trabalho surgiu da necessidade de regular a evolução da sociedade em face do aperfeiçoamento das atividades econômicas, sendo que os primeiros sinais de trabalho por conta de outrem surgiram com a organização das comunidades já na Idade Média, estando suas origens ligadas à escravidão e à servidão”(Castro, Rubens Ferreira de, A terceirização no direito do trabalho, Editora, São Paulo, Malheiros, 2.000, 1ª edição).

Segundo o professor Mauricio Godinho Delgado o direito do trabalho pode ser definido:

“Um ramo jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea. Seu estudo deve se iniciar pela apresentação de suas características essenciais, permitindo ao analista uma imediata visualização de seus contornos próprios mais destacados” (Mauricio Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, LTr Editora LTDA, 2017, 16ª edição, p. 45)

Rubens Ferreira de Castro lembra que no início as comunidades eram reguladas em tribos e distribuídas para os escravos, o único direito que restavam a estes era alimentar-se de maneira precária.

A doutrina destaca ainda que o estudo do Direito Trabalho iniciou através do trabalho forçado imposto aos escravos, tendo em vista que o trabalho surgiu com a escravidão, esta perdurou por muitos anos de maneira legalizada em muitos países, inclusive no Brasil, sendo extinta recentemente.

Desde a antiguidade a escravidão e trabalhos forçados foram muito explorados na humanidade, aquele que possuía grande quantidade de escravo era sinal de poder e riqueza, tendo em vista a condição de propriedade imposta ao escravo.

Por ser propriedade escravos possuíam até registros em cartórios, estes possuíam valor de patrimônio, eram comprados, vendidos, alugados e até serviam

como moeda de troca. Ao escravo não era permitido ser conhecido como pessoa, com direitos inerentes a esta.

Nesta época não existia o Direito do Trabalho, falava-se apenas em “trabalho”. E “trabalho” como proveito de um esforço alheio. A sociedade pré-industrial iniciou-se com a escravidão no período da Antiguidade.

O trabalho teve sua evolução passando pela servidão que figurou na Idade Média, período em que foi concedida certa “liberdade” para as pessoas que passaram a trabalhar com a lavoura, posteriormente surgiram as Corporações de Ofício, no ano 1789 a Revolução Francesa e o surgimento das máquinas colocaram fim a estas corporações.

O Direito do Trabalho surgiu de fato, com a Revolução Industrial no final do século XVIII, os trabalhadores eram submetidos a jornadas extenuantes e em locais insalubres, sem nenhuma condição de labor, não havia nenhuma proteção jurídica a estes operários que dedicavam toda a vida laborando nas indústrias. (GODINHO, 2017, P. 92).

No auge da Revolução Industrial surgiu o Direito do Trabalho, tendo em vista a precária situação na qual eram submetidos os trabalhadores, as longas e extensas jornadas de trabalho de até 16 horas dia.

Nesta época os empregadores faziam uso de meias forças, explorando mulheres e crianças, quando os homens se ausentavam para ir para as guerras, nesta época acidentes de trabalho eram frequentes, o trabalhador era substituído sem qualquer direito, seja, garantias trabalhistas ou previdenciária.

Surgiram as primeiras greves, mas por faltar qualquer regulamentação, estas eram realizadas de forma desordenada. Entretanto estes “grevistas” conseguiram chamar a atenção dos empregadores, vez que a greve trazia prejuízos para a indústria, pois durante a paralisação não havia produção, os eventos grevistas trouxeram prejuízos para os Estados que deixaram de arrecadar tributos.

A Revolução Industrial foi o marco inicial para as primeiras regulamentações do Direito do Trabalho, que foi evoluindo com o surgimento da Constituição Mexicana de 1.917 e a Constituição Alemã de 1.919.

A Constituição Mexicana de 1.917 foi o marco histórico para a regulamentação de regras trabalhistas importantes, a saber, foi estabelecido o limite de 8 (oito) horas diárias para jornada de trabalho, a licença maternidade, entre outras regras de direito material.

A Encíclica Papal a Carta de Dellavouroeaxarada pelo pontífice em 1.927 onde foram apresentadas linhas de orientação que deveriam reger as relações de trabalho entre empregado, empregador.

Estado, criado por Benito Mussolini. Adotou a Doutrina Social da Igreja católica, chamada de encíclica “*RerumNovarum*” Séc. XIX Papa Leão XIII, também conseguiu chamar a atenção do Estado.

O regramento legal sobre as relações trabalhistas surgiu para trazer equilíbrio, tendo em vista as relações antagônicas entre o capital e trabalho, vez que havia uma disparidade nessa relação, as normas e regramentos trabalhistas foram criadas com o objetivo de trazer equilíbrio nos contratos de trabalho.

O Direito do trabalho Brasileiro é um regramento jurídico que regulamenta as relações de trabalho, determinando uma proteção jurídica de equivalência entre as partes contratantes, a saber, é dado ao empregador todo o poder diretivo do empreendimento com todos os seus riscos.

Mas sabidamente que existem regras trabalhistas que traz maior proteção ao trabalhador com o objetivo de trazer uma paridade na conturbada relação de trabalho.

2.1 Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil

Em 1.888, com o advento da Lei 3.353¹ de 13 de maio, denominada de Lei Áurea, esta colocou fim a escravidão no Brasil, tornando livres milhões de trabalhadores a disposição no mercado de trabalho, surgindo à necessidade de regulamentação das relações de trabalho.

No ano de 1.891 com a proclamação da República Brasileira e a promulgação da 1^o Constituição Republicana que trouxe dois pontos importantes, a liberdade de associação e o trabalho livre e com recebimento de salários, que permitiu aos trabalhadores organizarem legalmente para a defesa dos direitos.

O fim da escravidão no Brasil possibilitou a entrada de imigrantes italianos que trouxeram a ideia de sindicalismo, nessa época o movimento sindical começou a ser introduzido no Brasil, este movimento era idealizado na associação de trabalhadores para lutar coletivamente pelos direitos. (GODINHO, 2017, P. 1479).

¹Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm, acesso em 27 de junho de 2018.

No ano de 1.916, com a publicação da Lei 3.071² do mês de janeiro, denominada de Código Civil, neste as relações de prestação de serviços foram regulamentadas através do contrato de prestação de serviços da locação da mão de obra.

Nesse período não havia uma regulamentação eficiente de Direito do Trabalho, esta era precária em leis esparsas, o contrato de trabalho apesar de firmado entre duas pessoas, o contratante que possuía o maior poder de barganha ditava as regras. Neste cenário, direitos trabalhistas, como férias, 13º salários e outros não existiam, os intervalos de almoço e descanso não eram observados.

No ano de 1.917, Maurício Lacerda demonstrou os primeiros esforços para criar um código de leis do trabalho, que culminou no Departamento Nacional do Trabalho³. Este departamento foi de extrema importância, pois foi o embrião para a criação de um instituto de acidente do trabalho, e o Conselho Nacional do Trabalho, pode se dizer que foi o DNA da Justiça do Trabalho brasileira.

Em 1.925 as iniciativas de 1.917⁴ renderam a ampliação do direito as férias remuneradas de 15 dias para trabalhadores do comércio, indústria e bancos. O direito de férias é um importante instrumento para analisar os direitos, vez que tal garantia indica que as leis de um país busca beneficiar o lado mais frágil da relação de trabalho.

Nenhum governo anterior ao governo do Presidente Vargas foram tão incisivo na busca para garantir os direitos trabalhistas no Brasil, este ao assumir o governo em 1.930, período de efervescência social e econômica no mundo, o presidente precisava de uma solução que trouxesse calma aos ânimos exaltados de trabalhadores e empregadores⁵.

Nesta época o presidente criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e, em 1934, colocou as leis trabalhistas com o nível de importância constitucional, regulamentando e estabelecendo o salário mínimo, criando a jornada de 8 (oito) horas diárias, férias remuneradas e isonomia de salário, ou seja, onde todos que

² Idem

³ Disponível em <https://direitosbrasil.com/evolucao-do-direito-trabalhista-no-brasil/> acesso em 27 de junho de 2018

⁴ Idem

⁵ Idem

exercem a mesma função devem ser remunerados com o mesmo valor, ou seja, sem distinção de gênero, trazendo uma segurança jurídica⁶.

Em 1.937 o presidente Vargas implanta um regime de ditadura outorgando uma nova carta constitucional inspirada na Carta Del Lavoro e na Constituição Polonesa, nesta carta foi delegada competência normativa aos Tribunais Trabalhistas, pois o Congresso Nacional havia sido fechado⁷. Já foi dito anteriormente, havia leis esparsas que tratava sobre Direitos do Trabalho, diante dessa celeuma de leis, houve a necessidade de realizar a juntada das mesmas, que foi feito através do Decreto-lei nº 5.452/43 surge a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho⁸.

Em 1.946 a ditadura do governo Vargas foi derrubada sendo promulgada a carta política de 1946, que reestabeleceu o direito a greve, esta considerada democrática, regulamentou o direito de participação do empregado nos lucros da empresa, regulamentou o repouso semanal desta vez remunerado, expandindo o benefício da estabilidade decenal a todos os trabalhadores⁹.

Nos anos seguintes a 1.962 e 1.966 garantias trabalhistas foram conquistadas pelos trabalhadores brasileiros, a saber, 13º salário, FGTS (Fundo de Garantia de Tempo de Serviço), bem como o direito de greve já regulamentado, mas nos anos posteriores a 1.966 o Governo Militar endureceu as políticas de repressão, limitando assim direitos de greve¹⁰.

Nos anos que seguiram após 1.980 com o enfraquecimento do governo militar que saíram do poder. No ano de 1.988 foi promulgada a nova carta política brasileira, denominada de carta cidadã, esta além dos direitos e garantias civis, trouxe também direitos coletivos dos trabalhadores¹¹.

Na Lei Maior de 1.988 o legislador originário deu preferência a direitos fundamentais coletivos, abandonando o individualismo em benefício do coletivo,

⁶⁶ Disponível em <https://brunnalotife.jusbrasil.com.br/artigos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil>, acesso dia 27 de junho de 2018.

⁷ Idem

⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm, acesso em 27 de junho de 2018.

⁹ Disponível em <https://brunnalotife.jusbrasil.com.br/artigos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil>, acesso dia 27 de junho de 2018.

¹⁰ Idem

¹¹ Idem

dedicando um capítulo inteiro da nova carta com um total de 06 artigos, dezenas de parágrafos incisos com status de cláusula pétrea¹².

No capítulo II da Lei Maior, pode se dizer que lá estão insculpidos os direitos trabalhistas do trabalhador brasileiro, que antes estavam em leis ordinárias, o legislador maior os trouxe para dentro da carta constitucional, com o objetivo proteger tais garantias contra a insana sede reformista do legislador infraconstitucional.

Assim o artigo 7º e seguintes da nova ordem constitucional, a saber, até o artigo 11 prevê normas de direito trabalhistas de cunho constitucional e com status de cláusulas pétreas, ou seja, não pode o legislador infraconstitucional propor alterações destes sem observar às regras de emendas a constituição.

Contrariamente a Consolidação das Leis Trabalhistas que pode ser alterada pelo rito de lei ordinária, o artigo 7º da CF só poderá ser alterado com propostas de emenda a constituição, procedimento que garante os atores sociais do trabalho fiscalizar as ações do legislador naquilo que se refere a direitos e garantias fundamentais do trabalho.

O artigo 7º trouxe inovações como, a relação de emprego foi devidamente protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, quis o legislador proteger e dar segurança mínima ao trabalhador garantindo a ele uma indenização mínima pela demissão involuntária.

O FGTS insculpido no inciso II do Artigo 7º é um valor no percentual de 8%, depositados mensalmente na conta vinculada do empregado, este possui um cunho social coletivo, vez que é utilizado pela Administração Pública com importante meio de financiamento de obras públicas.

Entre outras previsões a Lei Maior trouxe a previsão do Seguro Desemprego para garantir ao trabalhador um período mínimo de segurança econômica durante até 05 meses de desemprego, trata se de um benefício previdenciário.

A questão do salário dos trabalhadores foi devidamente tratada pelo legislador originário, tanto na questão de valores unificado nacionalmente em um valor mínimo a ser observado, bem como as regras a ser seguidas pelos empregadores, além dos pisos salariais das categorias profissionais.

¹² Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 27 de junho de 2018.

No escopo do artigo 7º da Lei Magna está à proteção contra irredutibilidades do salário é a chamada e já tratada proteção aos salários, à única disposição e flexibilidade de reduzir salários está previsto quando for acordado com o empregado através, de acordos e convenções coletivas.

Ainda na proteção aos salários consta a previsão de ser crime sua retenção dolosa, em que pese o legislador infraconstitucional não tenha regulamentado este inciso, para delimitar e conceituar legalmente o que é retenção dolosa de salários.

Estão também previsto no citado artigo os pagamentos diferenciados sobre as horas extras e horários noturnos, bem como a participação nos lucros pelo empregado, garantia do salário família, jornada de trabalho regulamentada em 44 horas semanais,

Legalmente dentro dessa jornada de trabalho não pode o trabalhador laborar além da 8º semanal, salvo em caso de horas extras, Ainda que haja previsão no ordenamento jurídico para horas extras, essas devem ser eventuais, ou seja, as horas extras trabalhadas não são regras.O conceito de jornada de trabalho adotado pelo doutrinador Maurício Godinho Delgado:

“Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. É, desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula”.(Mauricio Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, LTr Editora LTDA, 2017, 16ª edição)

Em 1998 houve alteração drástica do Artigo 59 CLT, criando o banco de compensação de horas, limitando as horas extras. Sendo possível estabelecer a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva. Exemplo, jornada de 6 (seis) horas, que pode ser realizada, mas em turnos ininterruptos de revezamento, pode também estabelecer uma negociação coletiva, para organizar uma jornada de 6 (seis) horas.

O repouso semanal remunerado também é uma garantia constitucional, esse repouso é preferencialmente aos domingos, ou seja, pelo menos 1 (um) dia por semana para descanso.Em relação às férias, é garantido o gozo de férias anuais remuneradas, com pelo menos 1/3 a mais do salário normal.

Temos a garantia da licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, a proteção ao mercado de trabalho da mulher, a licença paternidade de acordo com a

lei. Uma forma de proteger a mulher e conseqüentemente estender essa proteção a criança recém nascida.

O aviso prévio é garantido proporcionalmente ao tempo de serviço, que será no mínimo de 30 (trinta) dias, podendo ser aumentados em até 90 (noventa) dias, de acordo com o tempo de serviço prestado pelo empregado ao empregador, conforme regulamentação atual. Isso é importante porque esse empregado terá um tempo para se organizar buscando até mesmo um novo emprego, caso seja despedido sem justa causa.

As reduções dos riscos inerentes ao trabalho têm garantia constitucional, por meio de normas de higiene, segurança e saúde do trabalhador. Esta norma faz jus a todos aqueles planos que fiscalizam o ambiente de trabalho, instalando para uso os EPIs necessários a fim de evitar a insalubridade e periculosidade.

Nos casos em que o uso dos EPIs não conseguir sanar a insalubridade ou periculosidade, é garantido constitucionalmente o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, como uma forma de pré indenizar esse empregado aos riscos que ele ficara exposto.

A aposentadoria também é uma garantia constitucional, ainda que haja reformas na Previdência Social que altere seu funcionamento, ainda assim a garantia à aposentadoria deveser constitucionalmente respeitada. Como forma de trazer ao trabalhador uma proteção maior na terceira idade.

No inciso XXV do Artigo 7º da Constituição Federal prevê uma obrigatoriedade de assistência gratuita aos filhos e dependentes até 5 (cinco) anos de idade, em relação a creches e pré-escolas.

É constitucionalmente garantido o reconhecimento das convenções e acordos coletivos, visto que são esses reconhecimentos que dão forças para os sindicatos. É necessário e até mesmo obrigatório existirem os acordos de convenções coletivas, que tem a finalidade de regulamentar as relações entre sindicatos dos empregados e sindicatos patronais, bem como entre os sindicatos dos empregados e entre as empresas, dessa maneira que atribuído força a existência dos sindicatos. (GODINHO, 2017, P. 133).

É um direito assegurado aos trabalhadores urbanos e rurais a proteção em face da automação na forma da lei, aqui existe uma preocupação da constituição com a automação das atividades laborais. Hoje essa proteção já é algo relativo em

relação ao que era no ano de 1988, lembrando que no ano de 1988 não tinha computador, e a tecnologia era mais precária.

Quanto ao Seguro Acidente de trabalho é de responsabilidade do empregador. No que tange a ações com prescrição em até 5 (cinco) anos prevista no inciso XXIV do Artigo 7º da Constituição Federal, aqui o empregado pode ingressar com uma ação em face do empregador, caso o mesmo não tenha recebido pelo empregador as verbas que lhe são devidas. Entretanto essa ação tem prazo prescricional de 5 (cinco) anos, podendo ser ingressada em até 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho.

No ano de 2005 com a vigência da Lei 11.101/2005 “Lei de Falência e Recuperação de Empresas”, o legislador ordinário colocou o empregado como um dos principais credores da empresa em caso de falência ou recuperação judicial. Uma proteção a mais para o empregado.

Em 13 de Julho de 2017, foi publicada a Lei Federal 13.467, intitulada como “lei da reforma trabalhista”, sendo muito criticada e discutida pelos doutrinadores e operadores do direito, pois foi um projeto de lei construído unilateralmente sem a participação popular, entidades de classe (sindicatos, federações, confederações), doutrinadores, com o fundamento de atualização da CLT e uma das alternativas para ajudar a economia, principalmente às indústrias e comércio.

A “reforma trabalhista” tem um caráter neoliberal de governo golpista, fazendo parecer que a intenção é promover a precarização do trabalhador, juntamente com outros projetos já aprovados como os cortes de programas sociais e o congelamento do orçamento público pelos 20 (vinte) anos.

A reforma traz limitações e restrições a alguns direitos já conquistados como “Férias podendo ser dividida em 03 (três) vezes sendo que uma delas não pode ser menor que 14 dias, e as demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos. A reforma também veda que o começo das férias ocorra no período de dois dias que antecedem feriados ou dia de repouso semanal remunerado.

A Reforma Trabalhista diminuiu o poder salarial dos empregados, o que ao contrário do que o governo federal defende com o lema “flexibilizar as leis do trabalho para gerar emprego” a reforma por sua vez veio para diminuir o poder econômico. Alguns especialistas afirmam que a reforma poderá levar os trabalhadores a uma situação de precarização e empobrecimento da população, visto que para formulação desta lei somente foi ouvido a classe empresarial. (GODINHO, 2017, P. 92).

2.2 Direitos constitucionais trabalhistas

Conforme observado no capítulo anterior, a Constituição de 1988 avançou na conquistas de direitos sociais do trabalho, bem como nos direitos de cidadania do cidadão trabalhador.

Diante disso, pode-se destacar princípios de proteção ao cidadão trabalhador que confere um patamar de civilidade, progressividade e cidadania ao trabalhador. Dentre eles, pode-se destacar: dignidade da pessoa humana; função sócioambiental do trabalho, justiça social, princípio da proteção do trabalho.

Todos esses princípios elencados são fundamentais para a garantia de um padrão mínimo de dignidade ao trabalhador e para a sua afirmação como ser individual, social e até mesmo ético na sociedade.

Quanto ao princípio da dignidade humana segundo Kátia Magalhães Arruda

“O princípio da dignidade da pessoa humana demarca o campo que foi denominado como padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, o que demonstra que a falta de condições materiais mínimas ao homem prejudica o próprio exercício da liberdade. As agressões contra a dignidade atentam contra a própria humanidade do indivíduo, cabendo ao Estado não apenas coibi-las, mas proteger ativamente a vida humana, sendo esta a própria razão de ser do Estado.”(Arruda, Kátia Magalhães, Direito Constitucional do Trabalho, Sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal, São Paulo, LTR, 1998, p. 44).

Já o principio da Função sócio ambiental do trabalho o Estado não permitira atividade que coloque em risco a vida, a integridade física e a segurança dos trabalhadores e se caso no desenvolvimento do labor coloca em risco o trabalhador o mesmo deve ser indenizado.

O principio da Função social, o constituinte determina ao estado e a sociedade à consecução do bem comum, exige de todos que direcionem os seus esforços, tanto no campo do trabalho como no da livre iniciativa, para criar os bens econômicos que possam ser utilizados como meios de garantir a existência digna dos trabalhadores.

E por último, mas não menos importante o principio da proteção do trabalho, resulta de norma imperativas de ordem pública que caracterizam a intervenção do Estado nas relações de Trabalho colocando obstáculos à autonomia da vontade. Com isso têm-se a base do contrato de trabalho: a vontade dos contratantes tendo

ao seu lado um limitador: a vontade do Estado manifestada pelos poderes competentes que visam ao trabalhador o mínimo de proteção legal.

2.3 Relação de emprego e contrato de trabalho

A Relação de trabalho se distingue da relação de emprego. É de suma importância que haja essa diferenciação entre ambas as relações, afim de estabelecer parâmetros nas relações trabalhistas.

A Relação de Emprego é uma espécie do gênero da Relação de Trabalho. Visto que toda relação de emprego corresponde a uma Relação de Trabalho, mas nem toda Relação de Trabalho corresponde a uma Relação de Emprego. Enquanto que na relação de Trabalho trata-se de um gênero por ser ampla, e corresponde ao vínculo jurídico, no qual uma pessoa física assume o compromisso de prestar serviços em benefício de outra.

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

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

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

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

Na Relação de Emprego, o trabalho se desenvolve com alguns requisitos, sendo executado por pessoa física, com pessoalidade "*Intuitu Personae*", não eventualidade, onerosidade, subordinação e alteridade. A falta de um desses requisitos não configura a Relação de Emprego não se manifesta.

No princípio da Pessoalidade “*Intuitu Personae*”, o trabalhador é contratado em virtude de sua pessoa, aqui o trabalhador é admitido em razão dos atributos pessoais que possui, e em regra esse trabalhador não poderá ser substituído, salvo em caráter excepcional e esporádico em que há a concordância do empregador, para que haja a substituição do empregado. A pessoalidade tem como sinônimo a “infungibilidade” algo que não poderia ser substituído, enquanto que na “fungibilidade” trata-se de algo que pode ser substituível.

O elemento da pessoalidade na relação de emprego aplica-se apenas para o empregado, uma vez que o empregador faz jus ao Princípio da Despersonalização, pois o trabalhador presta serviço a uma empresa, independentemente de quem são os sócios titulares da pessoa jurídica que esteja por trás daquela atividade.

A Não Eventualidade ou habitualidade se manifesta de forma repetida nas atividades permanentes do empregador/tomador de serviços, seja atividade meio ou atividade fim, que tenha fixação jurídica que decorre do contrato de trabalho.

Não eventualidade não deve ser confundida com Continuidade, uma vez que a “Continuidade” é encontrada na relação de empregado doméstico que a Lei Complementar 150 fixou, onde o trabalho seja desempenhado mais de duas vezes na semana. (GODINHO, 2017, P. 316).

No que tange a habitualidade, o trabalho habitual, que, por exemplo, é desempenhado a cada quinze dias, é possível desde que seja um trabalho de forma repetida, ou seja, deve haver a previsão de repetição. Lembrando que quando o trabalhador não é habitual, será chamado de trabalhador eventual.

LEI COMPLEMENTAR Nº 150, DE 1º DE JUNHO DE 2015
DO CONTRATO DE TRABALHO DOMÉSTICO

Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

Parágrafo único. É vedada a contratação de menor de 18 (dezoito) anos para desempenho de trabalho doméstico, de acordo com a Convenção no 182, de 1999, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e com o Decreto no 6.481, de 12 de junho de 2008.

A Fixação jurídica se distingue da Exclusividade, uma vez que a exclusividade não é um requisito da relação de emprego, visto que um indivíduo pode ter a sua CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social) registrada em dois empregos.

A Onerosidade se manifesta pela intenção de receber, chamada de “*animuscontrahendi*” e a falta de pagamento de salários, não afasta esse requisito. Havendo a ausência de onerosidade o trabalhador é voluntário.

A Subordinação aqui é tratada como uma subordinação jurídica, visto que ela se manifesta no âmbito jurídico, na possibilidade do empregador dirigir a prestação de serviço, sendo essa prestação de serviço, manifestada através do contrato de trabalho celebrado entre empregado e empregador. Ausente à subordinação o trabalhador será chamado de autônomo.

O renomado doutrinador Mauricio Godinho Delgado, nos traz ainda sobre as dimensões acerca da subordinação, onde temos a Dimensão Clássica que esta atrelada a ideia de dar ordens.

A Dimensão Objetiva que configura a relação de emprego que envolve empregados com alta especialização para fins da empresa. E a Dimensão Estrutural configurando a relação de emprego com empregados que estão envolvidos na dinâmica da empresa, trabalhadores que desempenham atividades meio, relacionadas à terceirização, onde se forma o vínculo direto entre o trabalhador e a respectiva empresa tomadora de serviços.

Dimensões da subordinação relatadas pelo jurista e doutrinador Mauricio Godinho Delgado:

“Dimensões da Subordinação: clássica, objetiva, estrutural — a subordinação, como qualquer fenômeno social, tem sofrido ajustes e adequações ao longo dos dois últimos séculos, quer em decorrência de alterações na realidade do mundo do trabalho, quer em virtude de novas percepções aferidas pela Ciência do Direito acerca desse crucial elemento fático-jurídico da relação empregatícia. Três dimensões principais, nesse contexto, destacam-se com relação ao fenômeno: a clássica, a objetiva e a estrutural.

Clássica (ou tradicional) é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador. É a dimensão original da subordinação, aquela que mais imediatamente na História substituiu a anterior servidão na realidade europeia, propagando-se genericamente pelo capitalismo disseminado nas décadas e séculos seguintes. Continua,³²⁸

Mauricio Godinho Delgado hoje, como a mais comum e recorrente modalidade de subordinação, ainda bastante destacada nas relações socioeconômicas empregatícias.

Objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas “...as amarras do vínculo empregatício”.⁽²²⁾ Lançada na doutrina pátria pelo jurista Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, esta noção “... vincula a subordinação a um critério exclusivamente objetivo: poder jurídico sobre atividade e atividade que se integra em atividade”.⁽²³⁾ Conforme exposto pelo jurista, a subordinação pode traduzir uma “relação de

coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos...”(24) Como se percebe, a integração do obreiro e seu labor aos objetivos empresariais é pedra de toque decisiva a essa dimensão do fenômeno sócio jurídico subordinativo.

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”(25). Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços”.(Mauricio Goldinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, LTr Editora LTDA, 2017, 16ª edição)

No que tange a Dimensão Estrutural, ela afeta os trabalhadores que desenvolvem a atividade meio, que são as pessoas que não formariam vínculo direto, por estarem executando a atividade meio da empresa, o que hoje é aceito pela Sumula 331 TST, através da terceirização.

Quando pensamos na terceirização, logo imaginamos uma ideia de otimização da produção, porém a terceirização diminui direitos trabalhistas, que acaba causando uma precariedade na relação de trabalho, uma vez que o trabalhador fica vulnerável. A terceirização é uma forma de contratação através de uma empresa interposta, sendo apenas admitida a terceirização nas atividades meio e sendo vedada sua terceirização nas atividades fim.

Outro elemento importante é a Alteridade, alguns doutrinadores citam esse elemento como requisito da relação de emprego, o conceito da Alteridade nos remete a ideia que os riscos do negócio são do empregador, em razão.

Podemos ainda ressaltar aqui o chamado fenômeno da Pejotização, onde empresas contratam trabalhadores através de pessoas jurídicas de maneira a evitar todos os encargos trabalhistas de uma relação de emprego.

Na pejotização o empregado abre uma empresa para que seja contratada como uma empresa parceira profissional, entretanto aqui a contratação não é da empresa, mas sim da pessoa física, o empregador recorre a essa modalidade em razão dos custos serem menores, porém pelo princípio da primazia da realidade, podemos afastar esse tipo de contratação, configurando assim o vínculo direto com o empregado, onde é configurada a relação de emprego. Na relação de emprego não é possível que o empregado seja uma pessoa jurídica.

2.4 O contrato de trabalho

Contrato é pacto de manifestação de vontade entre duas ou mais pessoas, que se obrigam a cumprir o que foi entre elas combinado sob determinadas condições. O contrato de trabalho trata-se de um negócio jurídico acordado entre empregado e empregador, que deve respeitar as condições de trabalhos estabelecidas em Lei conforme previsto no Artigo 444 da CLT. Dos quais as partes presentes dessa relação de contrato, estão previstas nos Artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Conforme aduz o Artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregador pode ser uma pessoa jurídica ou mesmo física, desde que assuma os riscos da atividade econômica desempenhada, admita o empregado, com salário e dirija a prestação pessoal de serviços do empregado.

Já o Artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho traz em seu bojo que o empregado tem que ser uma pessoa física que presta serviço com habitualidade ao empregador, em função de um pagamento de salário e subordinação.

O conceito legal de contrato de trabalho esta previsto no Artigo 442 da CLT.

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

O fato do contrato de trabalho ser um negócio jurídico é necessário somar elementos essenciais a esse negócio, e para que haja validade no negocio jurídico pede-se três requisitos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

O requisito do Agente Capaz para ser empregado, é que o trabalhador tenha no mínimo dezesseis anos, sendo vedado o exercício dos menores de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre. Em caso de menor de dezesseis anos, é permitido a partir dos quatorze anos, na condição de menor aprendiz, com previsão no Artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

Art.7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
 XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

O referido artigo com essas exigências tem o intuito de acabar com o trabalho infantil, que infelizmente ainda é uma realidade no nosso país.

Quanto ao empregador, a lei não trouxe nenhuma regra em relação a capacidade do empregador, diante do exposto podemos aplicar as mesmas regras da capacidade civil, podendo ser considerado empregador a partir dos dezoito anos de idade, incluindo as hipóteses da emancipação civil, previstas no Artigo 5º do Código Civil.

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.
 Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:
 I-pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;
 II - pelo casamento;
 III - pelo exercício de emprego público efetivo;
 IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;
 V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Quanto ao elemento Objeto Lícito, para que reine a licitude do contrato é necessário que o objeto seja lícito, a Orientação Jurisprudencial 199 aduz em seu texto o exemplo do jogo do bicho, entretanto essa orientação jurisprudencial faz jus a quaisquer tipo de exercício ilícito que venha a ferir o nosso ordenamento jurídico.

199. Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito. (Inserida em 08.11.2000 - Inserção de ementa a sua redação - DeJT de 16/11/2010)
 É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.

Lembrando que há uma diferença entre o trabalho ilícito e o trabalho proibido. O Trabalho ilícito infringe diretamente uma norma penal, ou seja, há a pratica de uma conduta criminosa, o contrato sendo um contrato ilícito, ele não gera nenhum efeito, sendo considerado nulo desde o inicio da sua criação, não tendo direito nem sequer ao salário, nesse caso ele retroage gerando o efeito “*extunc*”.

Quando falamos em um trabalho proibido, trata-se de um trabalho irregular, vedado por Lei, mais não constituiu crime, por exemplo, um individuo de 16 anos que labora em atividade noturna, ele pode trabalhar, entretanto a norma jurídica veda que o mesmo pratique atividades noturnas, insalubres ou perigosas, ou seja, o exercício da função aqui não é ilícita, o que ocorre é que a lei veda a pratica desse exercício naquele determinado horário.

Nesse caso não podemos punir duplamente aquele empregado, aqui a fiscalização ao tomar conhecimento, vai autuar, multar a empresa, cessando aquela atividade no período noturno, porem o empregado vai receber o adicional noturno, não podendo mais exercer a atividade apenas no período noturno, o efeito aqui é “*ex nunc*” que não retroage, ou seja, o efeito é dali pra frente.

Em relação ao requisito da forma prescrita ou não defesa em lei, algumas vezes o contrato de trabalho é realizado de uma forma tácita, decorrente de um comportamento, no caso em análise chamamos de contrato tácito.

Não temos uma forma especifica de contrato de trabalhado, não necessariamente ele tem que ser obrigatoriamente escrito, as partes ficam tranquilas para celebrar esse contrato, é claro que se a Lei exigir.

Devemos nos atentar, temos como exemplo, o contrato de um trabalhador temporário previsto na em seu Artigo 9º Lei 6.019/1974 que deve ser escrito obrigatoriamente, portanto aqui há a exigência de um formalismo, mas em regra não há formalismo para celebração do contrato em questão, salvo as exceções que a Lei obriga.

Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterà: (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)

I - qualificação das partes; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

II - motivo justificador da demanda de trabalho temporário; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

III - prazo da prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

IV - valor da prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

V - disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 1º É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 2º A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição

destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

Entre um contrato tem existência de duas ou mais pessoas, em regra são partes o empregado, o empregador ou a empresa. Considera empregado a pessoa física que detém a obrigação principal de fazer ou prestar serviço qualificado de natureza não eventual ao empregador, sobre a dependência deste mediante o recebimento de salário.

Analisando a forma legal previsto no art.3º da CLT, deve observar cinco requisitos presentes de forma cumulativa, pessoa física, habitualidade, subordinação, salário/ onerosidade, pessoalidade.

Pessoa física, pessoa natural, uma vez que a legislação celetista protege a pessoa, criando regras de proteção à saúde, vida, integridade física, higidez mental, valores estes existentes para tutela da pessoa natural.

Continuidade o pacto laborativo é trato sucessivo de prestação de serviços se reitera no tempo de forma permanente.

Subordinação o empregador é uma pessoa que desenvolve seu trabalho seu serviço sob a dependência de outrem de quem recebe ordens do empregador, entretanto a CLT, menciona a palavra dependência.

Salário, o empregado presta serviço mediante o recebimento de salário, prestação de serviço de forma onerosa, o que não dizer que seja somente dinheiro.

Pessoalidade o contrato tem condão pessoal, intuitu personae, com a nova reforma trabalhista pela lei 13.467/2017, no art. 422b, previu a contratação do empregado autônomo, o que o requisito da subordinação ficou prejudicado.

Com a terceirização, há uma transferência da mão de obra ou prestação de serviço por outras empresas. De uma esfera, a empresa tomadora e, de outro, a prestadora. Os Colaboradores estão subordinados diretamente à empresa prestadora e não à tomadora. A relação jurídica é triangular, existindo entre a empresa tomadora e a prestadora um contrato regido pelas leis do Direito Civil, de evidente prestação de serviços. Entre a empresa prestadora e o trabalhador há um contrato de trabalho, o ministro Mauricio Delgado diz:

Empregador define-se como a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação.

A noção jurídica de empregador, como se percebe, é essencialmente relacional à de empregado: existindo esta última figura no vínculo laboral pactuado por um tomador de serviços, este assumirá, automaticamente, o caráter de empregador na relação jurídica consubstanciada.

Definição da CLT: análise crítica — A definição celetista de empregador conduz a algumas reflexões adicionais. Diz o art. 2º, caput, da CLT que empregador é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (art. 2º,

CLT). Completa o § 1º do mesmo artigo que equiparam-se (sic!) ao empregador, para efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. (Delgado, Mauricio Godinho, Curso de direito do trabalho , 16. ed. rev. e ampl., São Paulo : LTr, 2017, p 458)

Na terceirização a empresa prestadora de serviço será a empregadora, entretanto o tomador de serviço poderá ter responsabilidade com os empregados da empresa contratada.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é uma realidade de vários países, em alguns ela predomina em outros nem tanto. Podemos visualizar claramente resquícios da terceirização ainda na antiguidade, época em que predominava a escravidão, na Grécia por exemplo, haviam pessoas que alugavam seus escravos para outras, para desempenharem trabalhos em minas.

A terceirização muitas vezes surge com a ideia de minimizar as consequências de uma crise econômica, o empresário na tentativa de diminuir suas despesas, optam pela terceirização, principalmente no que tange a mão de obra, assim o renomado Doutrinador Sergio Pinto Martins:

“No Brasil, a noção da terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. A indústria automobilística é exemplo de terceirização, ao contratar a prestação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e fazendo a montagem final do veículo”. (Sergio Pinto Martins, Terceirização no Direito do Trabalho, Editora Saraiva, 2017, 14ª edição)

Quando falamos em terceirização, podemos perceber de forma clara que as empresas que atuam no ramo de limpeza são consideradas pioneiras no Brasil, sua existência já reina por volta do ano 1967.

No Brasil os Decretos-Leis n 1212 e 1216 do ano de 1966, já autorizam a prestação de serviços de segurança bancária por empresas intercaladas na relação de trabalho.

O Decreto n 62.756 de 1968 regulamentava o funcionamento de agências de colocação ou intermediação de mão de obra.

O Decreto-Lei n 1034 de 1969, determinava medidas de segurança referente ao funcionamento de empresas e segurança bancária, entendia-se aqui a possibilidade de contratação de terceiros para o setor de vigilância, por exemplo, o Artigo 4º desta norma, já fazia menção à contratação por intermédio de empresas especializadas, os elementos necessários para sua vigilância.

Esta norma tinha a finalidade de minimizar os assaltos aos bancos que ocorriam na época através de grupos guerrilheiros, que roubavam com o intuito de sustentar atividades que eram vistas como subversivas.

Sergio Pinto Martins diz que surgimento das empresas de trabalho temporário se deu nos Estados Unidos:

“As empresas de trabalho temporário surgiram nos Estados Unidos, quando o advogado Winters tinha de apresentar um recurso de 120 laudas datilografadas à Suprema Corte, mas sua secretária adoeceu. Um colega indicou Mary, uma antiga secretária. Esta estava casada e dedicando se exclusivamente ao lar, porém poderia querer ganhar um dinheiro extra. Mary datilografou o recurso, que foi apresentado tempestivamente ao tribunal. Winters começou a pensar sobre quantas pessoas poderiam ter o mesmo problema. Resolveu fundar a Man Power, que possui mais de 500 escritórios por todo o mundo, fornecendo mão de obra temporária, visando a trabalhos inesperados e de curta duração”. (Sergio Pinto Martins, *Terceirização no Direito do Trabalho*, Editora Saraiva, 2017, 14ª edição).

A Lei n. 72-1 em 1972 que tratava do empreiteiro e empresário foi editada na França, podendo o trabalho temporário ser utilizado no meio rural.

No Brasil a iniciativa do projeto de Lei nº 1.347 proposta pelo então Deputado João Alves, terminou com a Lei 6.019/74 que criaria normas específicas de terceirização, para fins de trabalho temporário, e teve o apoio do poder público, desse modo que iniciou-se a proliferação desenfreada da terceirização no país.

A permissão concedida pela Lei nº 6.019/74 para a contratação temporária pressupõe a ocorrência de real necessidade fugaz de utilização de mão de obra pela empresa tomadora de serviços. Essa momentaneidade por sua vez, decorre de fato gerador específico: suprir a força de trabalho normal e permanente às atividades operacionais da empresa cliente, em caráter de substituição efêmera de empregado ou de atendimento a uma demanda suplementar de bens a serem produzidos. (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, 8. ed., vol. I, São Paulo: LTR, 2005, p. 268).

Segundo Arnaldo Sussekind menciona que o objetivo da lei era suprir o trabalho temporário de mão de obra, por causa da troca de um empregado ou de um aumento inesperado transitório da produção da empresa, trazendo a lei a definição de trabalho temporário em seu Art. 2º nos apresenta que o “Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”.

Com profundidade do tema esclarece Rubens Ferreira de Castro:

Em janeiro de 1974, com o advento da Lei 6.019, com inspiração na lei francesa (Lei 72-1, de janeiro de 1972), é regulamentado o trabalho temporário, para que não concorra com o trabalho permanente e, com isso,

não fira o princípio da continuidade, pois a locação de mão de obra havia se tornado freqüente. Dita lei foi regulamentada pelo Decreto 73.841, de 1974. (CASTRO, Rubens Ferreira de. A Terceirização no Direito do Trabalho, São Paulo: Malheiros, 2000.p. 76).

Já Alice Monteiro de Barros esclarecer:

A Lei nº 6.019/74, que veio disciplinar o trabalho temporário no Brasil, estabeleceu que ele deveria ser exclusivamente ajustado por meio de empresas especializadas na locação de mão de obra. Para funcionar, as empresas de trabalho devem preencher os requisitos do art. 6º da citada lei, sob pena de o contrato se firmar diretamente com a tomadora dos serviços. A referida empresa é necessariamente urbana. (BARROS, Alice Monteiro de Curso de Direito do Trabalho, 8. ed., São Paulo: LTR, 2012.p. 353).

É importante fazer uma observação, que na terceirização, o colaborador não está subordinado diretamente ao tomador dos serviços, seu vínculo contratual empregatício é com a empresa intermediadora da prestação de serviço. Já o trabalho temporários pode se dar em qualquer atividade da empresa (meio e fim), já o processo de terceirização fica limitada somente na atividade meio da empresa tomadora.

A partir desta Lei e da lei 7.102/83 que vamos fazer menção adiante, a relação triangular ficou evidente, ou seja, não se tratava mais de uma relação bilateral entre empregado e empregador, mas sim de “empregado, empregador e tomador de serviço”. Há quem diga que referida lei foi espelhada em algumas normas da Lei Francesan. 72-1.

Para Sergio Pinto Martins:

“O objetivo da lei era regular o trabalho temporário – e não fazer concorrência com o trabalho permanente -, principalmente porque certos trabalhadores não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente, como o estudante, o jovem em idade de prestação de serviço militar, as donas de casa, que não tinham tempo integral para dedicarem ao trabalho, mas apenas parte dele, em razão de seus encargos domésticos, os aposentados, que não queriam ter emprego permanente, e até mesmo aqueles que não decidiram a qual profissão iriam dedicar-se”. (Sergio Pinto Martins, Terceirização no Direito do Trabalho, Editora Saraiva, 2017, 14ª edição).

Logo após surge a Lei n. 7.102/1983 que veio regulamentar apenas uma pequena fração desse contexto fático laboral dos serviços de vigilância e transporte em estabelecimentos financeiros, revogando assim o Decreto Lei n 1.034.

No Brasil o processo de terceirização é um instituto relativamente novo no Direito do Trabalho, assumindo estrutura e discussão legislativa de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio. (DELGADO, 2017, p. 408).

A última e recente alteração se deu com a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, que alterou a Lei 6.019/74, que divide opiniões, polemizando a terceirização que passou a ter diploma legal no Brasil.

Segundo o entendimento do diploma legislativo da Lei nº 13.429/2017, autoriza a terceirização ilimitada, irrestrita, sem qualquer regulamentação, ou seja, o empresário a empresa poderá terceirizar todas suas atividades meio e o fim.

A terceirização deve ser analisada num contexto mais amplo, comportando tanto o aspecto econômico, quanto o aspecto jurídico, principalmente no que envolve a área trabalhista, o que a lei 13.429/2017, não veio respondendo.

3.1 Conceito de terceirização

A terceirização por alguns anos foi tratada como uma forma administrativa utilizada pelas empresas, como uma estratégia de negócios e não uma relação de trabalho.

Para os doutrinadores Renato Saraiva e Rafael Tonassi Souto:

Terceirizar significa transferir parte das atividades de uma empresa para outra empresa. A priori, são transferidas atividades não relacionadas com a atividade principal (atividades-fim) da empregadora para uma outra empresa, especializada em atividades periféricas (atividades-meio). (SARAIVA Renato e TONASSI SOUTO Rafael, Direito do Trabalho, Editora JusPODVM, 2018, 20ª edição).

Ainda não temos um conceito específico de terceirização definido em lei. Porém podemos visualizar uma amplitude que traz a terceirização para o mundo empresarial, que se utilizam desse meio para reduzir custos e trazer celeridade nos processos de produtividade.

O renomado Doutrinador Mauricio Godinho Delgado traz em sua obra o conceito da terceirização no Direito do Trabalho:

“Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços

justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido". (Mauricio Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, LTr Editora LTDA, 2017, 16ª edição)

Com a terceirização os empresários visam também a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, logo a terceirização tende a gerar um numero maior de pessoas desempregadas. Com isso o numero de problemas jurídicos também aumentam, principalmente no que diz respeito ao Direito do Trabalho no que se refere às normas trabalhistas e sua responsabilidade.

3.2 Natureza jurídica da terceirização

A natureza jurídica da terceirização é algo ainda que ocasiona diversas discussões acerca desse tema tão polemizado. Sua natureza depende de como a terceirização será empregada a um contrato.

Segundo Sergio Pinto Martins:

"A natureza da terceirização geralmente é de contrato de prestação de serviços. A terceirização não tem natureza trabalhista, mas é uma forma de gestão da mão de obra, em decorrência muitas vezes da reestruturação da empresa." (Sergio Pinto Martins, Terceirização no Direito do Trabalho, Editora Saraiva, 2017, 14ª edição).

A Natureza jurídica aqui depende muito mais do que será acordado entre as partes envolvidas.

3.3 Vantagens e desvantagens da terceirização

Quando falamos em terceirização, precisamos nos atentar que o Brasil já comporta mais de 12 milhões de terceirizados, sendo apenas ¼ de pessoas que trabalham com mão de obra formal.

As vantagens da terceirização em sua maioria trazem benefícios aos empresários. Uma delas seria o foco, as empresas teriam mais foco na sua

produção principal, retirando a carga de treinamentos desnecessários que englobam outras funções dos seus funcionários, uma vez que eles teriam um serviço qualificado para desempenhar outras funções que não seja a atividade principal da empresa, lembrando que nem sempre os serviços terceirizados são qualificados, por vários motivos.

Mas a princípio a sensação de vantagem é bem maior, uma vez que a empresa que terceiriza alguns serviços poderia investir seus recursos com treinamentos, aperfeiçoamento e pesquisas tecnológicas para enriquecer o seu processo de produção na atividade principal da empresa, dessa forma ficando com poder de competitividade cada vez maior no mercado econômico.

Outra vantagem que a terceirização traz para a empresa é a simplificação em relação aos custos que essa empresa teria com funcionários, ou seja, os encargos trabalhistas e previdenciários, que seriam os pagamentos dos tributos devidos, aos trabalhadores como temos o exemplo do FGTS, INSS, décimo terceiro, entre outros. Nesse caso os encargos trabalhistas e previdenciários seriam de responsabilidade da empresa contratada que prestara os serviços terceirizados, entretanto no caso de processos judiciais trabalhistas, ambas as empresas serão solidárias no cumprimento das obrigações, com restrição na administração pública.

A questão da produtividade na empresa que contrata serviços terceirizados é elevada, uma vez que a empresa vai estar centrada apenas em fazer crescer suas atividades fim, já que as atividades meios não será uma “preocupação”.

Temos para as empresas também a vantagem econômica, uma vez que haverá a redução de muitos custos, principalmente no que se refere aos custos fixos.

Quanto às desvantagens, em primeiro lugar e mais gritante dessa relação de terceirização são as demissões, na fase inicial dessa aprovação com a terceirização tende a ocorrer um volume muito grande de demissões, uma vez que a maioria das empresas vão aderir o serviço terceirizado, demitindo os seus funcionários com vínculo celetista.

Outra desvantagem é a questão da alta rotatividade de funcionários, uma vez que já se tornou uma característica dessas empresas terceirizadas, a facilidade em contratar e rescindir contrato. A rotatividade também se dá devido à má remuneração, ou seja, baixos salários que são pagos aos trabalhadores terceirizados, e horas ostensivas de trabalho.

Outra desvantagem que é um fruto da rotatividade é a dificuldade em encontrar trabalhadores com qualidade, comprometidos, treinados e especializado.

Seguido nos temos a desvantagem das diferenças de salários e benefícios, os trabalhadores terceirizados têm remunerações e benefícios inferiores aos trabalhadores que trabalham protegidos pelo regime celetista, uma vez que a remuneração dos trabalhadores terceirizados são em regra 25% a 35% menor, visto que as empresas terceirizadas podem ter sua própria convenção coletiva.

Os salários são tão baixos, que para exemplificar, tomaremos o exemplo de um funcionário que trabalha numa escala 12 por 36 horas, este trabalhador deveria em regra exercer suas atividades um dia sim, um dia não, porem a realidade do trabalhador terceirizado é outra, devidos os baixos salários pagos pelas empresas terceirizadas, esse trabalhador muitas vezes têm dois registros, dois contratos de trabalho em empresas diferentes para complementar o salário.

No caso em questão esse trabalhador vai laborar todos os dias, desse modo, ele fica mais vulnerável com sua saúde, doente, desatento, cansado e muitas vezes para descansar ele tem que falta em um dos empregos correndo risco muitas vezes de ter seu contrato rescindido.

As quotas existentes para atender as pessoas com deficiência física também são ignorados pela maioria das empresas terceirizadas, ou seja, pessoas com algum tipo de deficiência ou limitação em empresas terceirizadas geralmente não tem oportunidade.

Temos também como desvantagem tanto para empregado, quanto para empregador a perda do vinculo, ou seja, o empregador vai perder o contato com o empregado, o que pode dificultar a comunicação dentro da empresa, uma vez que quando há vinculo entre o empregado e o empregador a celeridade na resolução de possíveis intempéries é realizada de uma modo mais célere.

Para Sergio Pinto Martins:

“Um dos principais riscos da terceirização é contratar empresa inadequada para realizar os serviços, sem competência e idoneidade financeira, pois dessa contratação poderão advir problemas principalmente de natureza trabalhista. Outro risco é de pensar a terceirização apenas como forma de reduzir custos, pois se este objetivo não for alcançado, ou no final a terceirização não der certo, implicará o desprestígio de todo o processo. Aquilo que parecia ser barato sairá caro, como se for configurado o vínculo de emprego entre o trabalhador e a terceirizante, em que serão devidas as verbas trabalhistas, FGTS e contribuições previdenciárias. (Sergio Pinto Martins, Terceirização no Direito do Trabalho, Editora Saraiva, 2017, 14ª edição).

Aqui falamos de uma balança desvantajosa, principalmente para o trabalhador, uma vez que a terceirização nitidamente mostra em seu bojo que a maioria dos benefícios é em favor do empregador.

4 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública, poderá prestar serviços ao público de forma centralizada, descentralizada ou desconcentrada como mencionado por Maria Sylvio de Pietro “ e a sua execução, direta ou indireta”.

De início a terceirização no setor público foi inicialmente autorizado pelo Decreto Lei nº. 200/1967, que concedia ao ente público transferir para uma terceira pessoa a execução de atividades não fossem relacionadas à sua atividade final. O referido diploma legislativo detém a previsão no artigo 10, § 7º do referido decreto, citado *in verbis*:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. [...] §7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (DJI, 2012, p. única)

Segundo o professor Marçal Justen Filho:

A terceirização envolve uma modalidade de execução indireta do objeto necessário visando à satisfação de necessidades administrativas. O Estado permanece como titular da atividade, ainda que o seu desempenho seja realizado por uma empresa privada. (FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, F. 425)

O processo de terceirização no âmbito da Administração Pública segue os mesmos tramites do setor privado, devendo a principio ocorrer somente em atividade meio e os colaboradores do contratante não existir relação de personalidade e subordinação com o ente público.

No decreto houve uma limitação nas atividades que poderia ser terceirizadas que se encontram disciplinadas não só no § 7º, do artigo 10 do Decreto-Lei nº 200/1967, mas também no artigo 1º, § 30 1º do Decreto Federal nº 2.271/97, que são as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeirarem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

O mestre Marçal faz ponderações acerca da terceirização na Administração Pública, conforme segue:

A Justiça do Trabalho consagrou a orientação, então, de que caberia promover a terceirização apenas de atividade-meio, sem que fosse cabível aquela das atividades-fim. Esse entendimento passou a ser invocado para estabelecer limites para os contratos administrativos de prestação de serviços resultado totalmente despropositado.

Rigorosamente, essa orientação não tem qualquer vínculo com a contratação pela Administração Pública de terceiros para prestar-lhe serviços. Se a Administração contrata sujeito privado para serviços de limpeza, isso não configura uma terceirização. A terceirização pressupõe a existência de uma subcontratação, em que o sujeito contratado para executar um objeto promove contratação de outrem para executar esse objeto. Ora, somente se poderia aludir a terceirização se um particular fosse contratado para executar um certo objeto e avençasse um subcontrato com terceiro para a execução dele.

Quando a Administração contrata particular para prestar-lhe serviços não se configura nenhuma espécie de terceirização. (FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum 2011.).

Sobre a responsabilidade da administração pública das parcelas trabalhistas advindas do contrato de terceirização será objeto de estudo e dissertação nos tópicos seguintes, tendo em vista as recentes metamorfoses da Súmula nº 331 do TST, bem como do posicionamento adotado pelo STF.

4.1 Do litisconsórcio passivo e da responsabilidade na terceirização

Litisconsórcio, pela etimologia, significa dizer consórcio (pluralidade de partes) na instauração da lide; quando duas ou mais pessoas litigam, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente.

Em algumas situações o litisconsórcio será necessário ou facultativo, na situação da responsabilização do Estado em face da inadimplência das verbas trabalhistas do trabalhador, a jurisprudência nos traz que será necessária a formação do litisconsórcio passivo desde a distribuição da reclamação trabalhista.

Em entendimento do TST reconheceu que sentença em ação autônoma atribuindo responsabilidade à pessoa jurídica tomadora de serviços atentaria contra o direito de ampla defesa, pois a mesma não participou da relação processual da primeira ação (TST-RR-26100-75.2006.5.09.0011, SBDI-1, Redator designado Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 13/11/2009).

4.1.1 Do litisconsórcio

Havia uma discussão entre a doutrina e jurisprudência sobre o reconhecimento da responsabilidade da tomadora de serviço em relação aos empregados da terceirizada, havia uma dúvida se deveria ter uma ação diversa da que ação de conhecimento que reconheceu os direitos dos colaboradores ou na inicial no processo de conhecimento chamava todos os responsáveis no pólo passivo.

Em muitos processos, os juízes e tribunais proferiam o procedência da responsabilidade da pessoa jurídica tomadora dos serviços e uma segundo momento, o reclamante/empregado teria que ingressa com outra ação, autônoma, após a tentativa de execução da sentença com o empregador de origem.

Entretanto, ao termino do ano de 2010, a SBDI 1 do Tribunal Superior do Trabalho, acordaram sobre o tema, no sentido que a discussão da responsabilidade da pessoa jurídica tomadora, não poderia ser reconhecida após o processo de conhecimento em sede execução, mas sim na inicial junto ao pólo passivo, formando então um litisconsórcio passivo necessário, portanto, devera obrigatoriamente, constar no polo passivo da demanda junto da empregadora do trabalhador.

Alguns doutrinadores defendem a tese que uma segunda ação contrariaria a coisa julgada, ocorre que outros autores dizem que não, pois em outro processo poderá ter outras partes diferente do processo de conhecimento.

A própria Súmula 331 do TST, no item IV, traz a importância de que o litisconsorte tomador de serviços ingresse na relação processual na causa de perdi conste do título executivo judicial: 'o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, inclusive a administração pública direta e indireta.

Em outros acórdãos chegaram ao entendimento pela carência do direito de ação por impossibilidade jurídica do pedido, nas situações em que o colaborado ingressa com reclamação trabalhista autônoma requerendo a satisfação dos direitos trabalhistas já cobertos pelo manto da coisa julgada material.

Nesta situação, os julgadores errado reabrir uma nova demanda em torno dos direitos trabalhistas requeridos em reclamação trabalhista em processo de conhecimento, pois eventual controvérsia dos autos já foi decidida pelo em título executivo judicial transitado em julgado. (TST-E-RR-23100-67.2006.5.09.0011, SBDI-1, Redator Designado Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 13/11/2009).

De qualquer maneira o ordenamento jurídico e a doutrina autorizam ao advogado defender as empresas de atos ilegítimos e abusos com relação à aplicação da Súmula 331 do TST e a responsabilização de empresas tomadoras de serviços.

4.2 Da responsabilidade

Vamos tratar nesse tópico sobre a responsabilidade do Estado, quando a empresa contratada não cumpre com os direitos trabalhistas dos seus empregados.

A Lei 8.666/93 em seu Artigo 71 § 1º afirma que ainda que a empresa contratada pelo poder público, não cumpra com os encargos trabalhistas, tributários e comerciais, ainda assim não seria transferido o ônus da responsabilidade para o poder público, de modo que a responsabilidade ficaria a cargo da empresa, uma vez que quem infringiu as normas foi a empresa.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

O Supremo Tribunal Federal entendeu que via de regra o inadimplemento das obrigações trabalhistas não transfere o ônus do respectivo pagamento ao Poder Público, entretanto na hipótese em que ficar demonstrado que a omissão do Poder Público em fiscalizar a empresa prestadora de serviço mensalmente, com a finalidade de averiguar se a empresa estava recolhendo as verbas dos trabalhadores, uma vez que é um dever do Poder Público fiscalizar essas empresas prestadoras de serviços, e na falta dessa fiscalização seja por negligência ou

omissão por parte do Poder Público, este será responsabilizado, visto que sua omissão atrairia a Responsabilidade Subsidiária, ou seja, na hipótese da empresa não ter meios para arcar com essas verbas, o Estado subsidiariamente será condenado a pagá-las.

Súmula nº 331 do TST:

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.

Lembrando que a regra é que o Estado não responda por encargos trabalhistas, salvo na hipótese em que ha omissão no dever de fiscalizar a empresa contratada.

“Conforme já examinado, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADC 16, ocorrido em novembro de 2010, ao declarar constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93, considerou necessária a verificação da culpa in vigilando do Estado relativamente ao cumprimento trabalhista dos contratos de terceirização que celebra. A responsabilidade derivaria da inadimplência fiscalizatória pela entidade estatal tomadora de serviços sobre a empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, contratual, derivada de culpa), mas não diretamente do texto do art. 71 da Lei de Licitações. O fato de não se aplicar, segundo o STF, a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição, não torna as entidades estatais simplesmente irresponsáveis nessa relevante seara de direitos individuais e sociais fundamentais. Há, sim, responsabilidade, porém derivada de culpa in vigilando, se configurada a omissão fiscalizatória no caso concreto”.(Mauricio Goldinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, LTr Editora LTDA, 2017, 16ª edição)

Quando empregamos a culpa *in vigilando*, significa que a responsabilidade da administração será subsidiária, porém a prova cabe ser demonstrado pelo empregado. Quanto aos encargos tributários e comerciais, esse em nenhuma hipótese poderá ser transferido ao poder público, já que se trata de responsabilidade exclusiva da empresa contratada.

No que se refere aos encargos previdenciários, quando a empresa terceirizada deixa de recolher a contribuição previdenciária de seus trabalhadores, a Lei 8.666 prevê que a responsabilidade é solidária com o poder público.

4.3 Súmula 331 TST

Neste tópico vamos discorrer sobre os incisos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, sumula essa que foi editada para conferir responsabilidade subsidiária a administração pública em razão de verbas trabalhistas não honradas pela empresa prestadora de serviço.

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).

O inciso I quer dizer que a terceirização é uma exceção, não sendo permitida em qualquer hipótese, em regra é permitida em caso de trabalho temporário, que é uma espécie de terceirização. Aqui o trabalho temporário foi considerado pela jurisprudência do TST como uma hipótese de terceirização lícita, uma vez que a interpretação da terceirização é restritiva.

No inciso III, O Tribunal Superior do Trabalho autoriza a terceirização apenas na atividade-meio, essa foi a ideia do TST no ano de 1983, entretanto este inciso será impactado pela reforma trabalhista, uma vez que agora é permitida a terceirização também nas atividades-fim.

Presume-se, portanto que o Tribunal Superior do Trabalho vai promover o cancelamento ou a revisão da referida súmula. Ainda neste inciso, no que se refere à inexistência da personalidade a subordinação é direta, visto que se houver subordinação acompanhada da personalidade, haverá o reconhecimento do vínculo de emprego diante da terceirização fraudulenta.

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

O inciso IV traz em seu texto duas hipóteses que devemos nos atentar quando precisarmos incluir uma empresa tomadora como responsável subsidiária,

uma delas é que essa empresa devera constar no pólo passivo da ação, como litisconsórcio passivo por exemplo. A outra hipótese é que essa mesma empresa tomadora também devera constar na sentença, no titulo executivo judicial, na qualidade de condenada. Sem que haja as duas situações aduzidas neste artigo, a empresa não será responsabilizada subsidiariamente.

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.

No que se refere à administração pública, que é o ponto central do nosso trabalho científico, o inciso V da Súmula supracitada vem tratar, que a contratação irregular de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, porem no caso da administração pública não há o reconhecimento do vínculo com os órgãos da administração pública, em razão do fator constitucional, do impeditivo constitucional do concurso público.

Entretanto a administração publica será responsabilizada subsidiariamente, nos casos em que for comprovada a sua conduta culposa na fiscalização da execução daquele contrato. A súmula ressalta que essa responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, de modo que a administração pública vai responder caso não esteja fiscalizando corretamente os contratos.

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.

Por fim o item VI da Súmula 331 TST prevê que responsabilidade subsidiária do tomador, ela abrange todas as verbas decorrentes da condenação referente ao período que ocorreu a prestação de serviços.

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

4.4 A responsabilidade solidária da administração pública pela terceirização

A administração Pública somente terá responsabilidade solidária em raras hipóteses, na situação em que a legislação prever, como a contratação direta superfaturada prevista no art.25,§2º da Lei 8.666/93, citado *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (grifo nosso).

Havendo responsabilidade solidária os gestores públicos, o contratado e os envolvidos, neste aspecto andou bem o legislador, prevenindo danos ao erário.No art. 71,§2º da Lei nº: 8.666/93, também determinou o legislador a responsabilidade solidária em relação aos encargos previdenciários, citado *in verbis*:

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

§ 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](#). (grifo nosso).

Questiona-se porque o legislador preferiu proteger o empregado em relação aos os encargos previdenciários sendo a Administração Publica solidária, e nos encargos trabalhistas sendo a sua responsabilidade subsidiária se caso comprovada a falta de fiscalização.

Segundo a professora Di Pietro, a intenção do legislador é proteger o Regime Geral de Previdência e não o empregado.Pois há vários casos que o empregado realiza o requerimento de algum beneficio previdenciário, como por exemplo, a aposentadoria ou auxilio doença, e surpreendentemente é constatado que as contribuições não estavam sendo realizadas regularmente ou simplesmente não havia contribuições por parte do empregador que deveria ter realizado a contribuição.

Na maioria dos casos, esse empregador não existe mais, pois se tratava de uma empresa terceirizada que prestou serviço para o Estado, em contrapartida a Administração Pública sempre vai existir.

4.5 A responsabilidade subsidiária da administração pública jurisprudência

Na seara do Direito Administrativo Brasileiro, tem o entendimento que a responsabilidade na administração pública em regra geral, predomina a responsabilidade subsidiária, em que o legislador nomeia responsáveis, sendo um principal (responsável direto) e define um responsável secundário (subsidiário), que somente será chamado após o esgotamento patrimonial do principal responsável.

Na realidade o devedor subsidiário seria mais uma garantia do recebimento da liquidação das obrigações do credor. Em caso de omissão na lei ou do contrato considera-se subsidiária a responsabilidade no Direito Administrativo, somente cabível a solidariedade da administração pública em face de expressa previsão legal.

No que se refere “A responsabilidade da Administração Pública do colaborador na Terceirização”, a responsabilidade principal dos prejuízos em face dos empregados cabe ao prestador de serviços (contratado) que seria o devedor direto do empregado, entretanto a entidade pública tomadora do serviço ou execução da obra (contratante), será o devedor secundário subsidiário das obrigações.

Há questionamentos sobre qual seria a natureza jurídica da responsabilidade subsidiária na administração pública, dentro desses questionamentos encontramos alguns princípios que fundamentam esta teoria, sendo eles: Supremacia do Interesse Público sobre o Direito Privado e a Indisponibilidade do Interesse Público.

O princípio da Supremacia do Interesse Público, também conhecido como interesse público ou finalidade pública, em síntese os interesses e patrimônio da coletividade são mais importantes que os interesses privados e individuais devido a administração pública ser representante da coletividade.

Segunda a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a noção de supremacia do interesse público, deve estar presente no momento da elaboração de uma Lei, assim como na aplicação da mesma no caso concreto.

Segundo o jurista Jorge Luiz Souto Maior, quando declara que o “ordenamento não pode estabelecer um padrão jurídico e, em paralelo, criar outro padrão contraditório com o primeiro” (SOUTO MAIOR, 2017 Apud Revista LTR ano 81 julho 2017, p. 814).

Já o princípio da indisponibilidade do interesse público emite a tese que os agentes públicos não são donos do interesse por eles defendidos, no exercício da gestão administrativa, os agentes públicos devem atuar de acordo a legalidade, não podendo os mesmos renunciar ou transacionem em juízo os direitos e os privilégios do Estado.

Para que haja a terceirização na Administração Pública e que a prestação de serviço ou construção de obra seja realizada, é obrigatória a feitura de Licitação.

No que diz respeito ao artigo 71 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), é chegada a conclusão que a mera inadimplência do contrato não transfere a responsabilidade para a Administração Pública, Já sendo inclusive discutido a constitucionalidade pelo STF na Adcon16/DF, em que o Supremo decidiu pela constitucionalidade do mesmo, citado *in verbis*:

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. (Grifo Nosso).

Ocorre, no próprio julgamento da ADC 16, embora tenha proibido a aplicação da antiga súmula 331 do TST, o Guardião Constitucional permitiu a possibilidade de responsabilização da administração pública quando ficar demonstrado que esse foi omissor no dever de fiscalizar a execução do contrato, conforme se depreende do trecho extraído do informativo nº 610:

"Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.". ADC 16/DF, rel. Mins. Cezar Peluso, 24.11.2010 (ADC-16)

A referida Súmula 331, foi alterada com o acréscimo do item V, que em consonância com o acórdão da Suprema Corte, condiciona a responsabilização subsidiária do Ente Público nos casos de conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na omissão de fiscalização do

cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Segundo Delgado acerca do método de interpretação das normas jurídicas:

“O método interpretativo que se caracteriza pela busca de harmonização da norma ao conjunto do sistema jurídico. Tal método volta-se a produzir uma interpretação vinculada e harmônica ao conjunto do sistema do Direito. Pelo método sistemático, o processo lógico de interpretação passa a operar em campo mais vasto de ação: investiga-se também a tendência normativa hegemônica nas diversas normas e diplomas existentes sobre matérias correlatas, adotando-se tal tendência como uma das premissas centrais implícitas àquela norma ou diploma interpretado. A partir desse critério apreendem-se, inclusive, com maior clareza, os aspectos transformadores, retificadores ou continuativos da norma recente perante a ordem jurídica respectiva.”(Mauricio Goldinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, LTr Editora LTDA, 2017, 16ª edição, p.248)

Com a alteração da redação da Súmula 331 do TST, tem-se como regra, que não responde a administração pública tomadora de os serviços, somente pela inadimplência do contratado, mas sim a partir da análise do caso concreto, do cumprimento das suas obrigações de fiscalização (*culpa in vigilando*) e escolha do contratado (*culpa in eligendo*).

Isto porque cabe ao contratante, ao ente público, não somente fiscalizar a execução do serviço ou prestação de serviço (objeto jurídico do contrato) da terceirizada, mas também os cumprimentos sociais e acessórios com terceiros que estão envolvidos no contrato, como os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais, comerciais, inclusive, podendo notificar a terceirizada para regularização, multar, cobrar um seguro e descontar do pagamento pela prestação de serviço.

Segundo a doutrina expressa, referente a fiscalização dos contratos administrativos e o momento do pagamento ao prestador:

Com Fundamento previsto art. 62 e art. 63 da Lei nº 4.320/64, "o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação", entendida esta como "a verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito."

A presente liquidação de débito despesa terá por referência os elementos descritos na referida lei: o contrato, ajuste ou acordo respectivo; a nota de empenho; os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço. Na situação de obras, é importantíssimo que os gestores públicos observem as

condições de pagamento previstas no contrato e os valores consignados nas planilhas de medição.

Já para prestação de serviço a efetivação do pagamento da despesa, com fulcro do art. 62 da Lei nº 4.320/64 c/c art. 58 do Decreto nº 93.872/86 e o art. 40, inciso XIV, alínea d, da Lei 8.666/93, essa liquidação se faz com base na medição atestada e detalhada pela fiscalização competente, bem como pela comprovação do recolhimento dos devidos tributos, encargos trabalhista, previdenciários e da implementação das demais condições exigidas no edital.

A Instrução Normativa nº:2 SLTI/MP (Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) no seu art. 34, § 5º, inciso I, traz uma relação de documentos que deve ser exigidos do contratado no processo de liquidação de despesa relativa a serviços, no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

- a) recolhimento da contribuição previdenciária estabelecida para o empregador e de seus empregados, conforme dispõe o art. 195, § 3º da Constituição Federal, sob pena de rescisão contratual;
- b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior;
- c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior;
- d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível;
- e) pagamento do 13º salário;
- f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;
- g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso;
- h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem;
- i) encaminhamento das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED;
- j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e
- k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

O Tribunal de Contas da União, um órgão de fiscalização da UNIÃO, em situações excepcionais, tem admitido a antecipação mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, efetuando-se, posteriormente, os respectivos descontos nos créditos da empresa contratada em valores inadimplentes com encargos trabalhista e previdenciários e fazer o pagamento direto aos interessados na forma do contrato". Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 606/06, item 9.2.3. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Vilaça. Brasília, 26.abr.2006. DOU 02.maio.2006]. (ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização

e Utilização. 2ª Ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 317/318 - grifos acrescidos).

O Tribunal do Regional do Trabalho do RJ, no mesmo sentido da súmula 331 editou a súmula 43, que dispõe:

"Responsabilidade subsidiária da Administração Pública. A constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei 8.666/93, declarada pelo STF no julgamento da ADC nº 16, por si só, não afasta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quando esta decorre da falta de fiscalização".

A administração pública tem o dever como tomadora de fiscalizar a execução dos contratos celebrados. Se há omissão, concorre com o prejuízo de terceiro, caracterizando-se sua culpa *in vigilando* e, por conseguinte, responsabilidade secundária pela obrigação não cumprida pelo devedor principal.

A responsabilidade subsidiária tem objetivo não apenas o crédito trabalhista, mas acima de tudo os princípios constitucionais, aos direitos sociais e à ordem econômica e financeira, fundados na valorização do trabalho e na observância dos ditames da justiça social, até porque o empregado é parte mais vulnerável e hipossuficiente.

É importante mencionar que a prova deve ser produzida pela parte que a detém ou que tem acesso a ela, sendo inacessível à parte contrária. Ora, considerando a impossibilidade do empregado de ter conhecimento das disposições contidas na Lei de Licitações foram adimplidas, resta evidente que tal ônus incumbe à parte que tem aptidão para a prova.

Então, é ônus da Administração Pública demonstrar ter preenchido todos os requisitos legais para a contratação da empresa terceirizada, bem como comprovar ter agido e usado o seu poder de fiscalização para dar efetivo e eficaz cumprimento ao objeto do contrato, particularmente no que diz respeito ao cumprimento da legislação trabalhista.

Tanto que o Tribunal Regional do Trabalho do RJ emitiu a súmula 41, abaixo transcrita:

Responsabilidade subsidiária do ente da Administração Pública. Prova da culpa. (artigos 29, VII, 58, 67 e 78, VII, da lei 8.666/93.) Recai sobre o ente da Administração Pública que se beneficiou da mão de obra terceirizada a prova da efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços.

Pelo princípio da legalidade, no artigo 37 da CF, não se pode exigir da Administração Pública atos não previsto na lei. A propósito, para reforça o Colendo Tribunal Superior Trabalho vem decidindo:

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.º 331, V, DO TST. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, decidiu -que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos-. Reconheceu, todavia, a Corte suprema, -que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade- (informativo n.º 610 do Supremo Tribunal Federal). 2. Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência desta Corte superior consagrada no item V da Súmula n.º 331, com a redação que lhe emprestou o Tribunal Pleno, mediante a Resolução n.º 174, de 24/05/2011, segundo a qual -os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada 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 do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. 3. Nesse contexto, resulta inafastável a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional que, constatando a omissão da administração pública quanto ao dever de fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo, condenou o ente público a arcar, de forma subsidiária, com o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos ao obreiro. 4. Recurso de revista de que não se conhece." (TST-RR-65200-43.2006.5.04.0733, Ministro Relator Lelio Bentes Corrêa da 1ª Turma, DEJT 28.10.2011)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso não tem a intenção problematizar, mas sim demonstrar os principais entendimentos sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em relação da terceirização de serviços e execução de obras.

A terceirização é um mecanismo de estratégica empresarial que visa descentralizar e desburocratizar as atividades meio e acessórias do ente público tomador, delegando-as a uma pessoa jurídica ou física prestadora de serviços, sendo formado um triangulo jurídico “colaborador, prestador de serviços e tomador de serviços” cada vez mais crescente e utilizado no Brasil.

Na situação do não cumprimento da prestadora de serviço, a principio a jurisprudência detinha o entendimento devido a omissão de legislação sobre a questão, a contratada terá responsabilidade subsidiaria com os encargos trabalhistas por ocasião devidos aos colaboradores (Súmula 331 do TST). Entretanto esta responsabilização baseava na teoria objetiva, ocorre que depois do julgamento da constitucionalidade ADC 16do art. 71 da Lei 8.666/93 pelo STF, tendo agora que comprova a culpa in vigilando falta de fiscalização para que o ente público tenha responsabilidade subsidiária.

Como elucidado no último capítulo, O tribunal Superior do Trabalho, trouxe como entendimento em relação à prova, que no caso concreto cabe ao ente público comprovar que houve a efetiva fiscalização do contratado, não podendo atribuir esta responsabilidade tão somente ao empregado devido sua vulnerabilidade.

Posteriormente o julgamento da ADC 16-DF pelo Supremo Tribunal Federal, a corte trabalhista vem apresentando acórdãos com muita subjetividade, pois para caracterizar a responsabilidade subsidiaria da administração pública, se faz necessária a efetiva comprovação da omissão da fiscalização pelo Ente Público.

Demonstrada a omissão do contratante/administração pública, houve alterações na CLT e na Lei de licitações nº: 8.666/93 atreves da Lei nº12.440/2011, onde o legislador traz como requisito a exigência das empresas concorrentes em licitações públicas, a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT.

Importante mencionar ainda que, mesmo com a apresentação da CNDT pelas empresas prestadoras dos serviços, isso não retira da administração pública o dever de fiscalizar as obrigações trabalhistas e outros encargos.

Deve o legislador na confecção da legislação e os tribunais para a aplicação da legislação atual, respeitar o princípio da vedação do retrocesso social, sendo inaplicável ao Direito do Trabalho a limitação e restrição de direitos, e não ser conivente com a interpretação literal e isolada do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pois na busca de retirar da Administração Pública a responsabilização subsidiária pelo pagamento dos créditos trabalhistas devidos aos empregados contratados pela empresa terceirizada, prejudica uma massa de trabalhadores a parte mais vulnerável do contrato.

Portanto, a título de sugestão, a administração pública, no próprio processo de licitação, deveria exigir dos participantes um projeto em relação ao funcionamento operacional da prestação de serviço. Exigir também um seguro para dirimir qualquer questão sobre encargos trabalhistas e outros.

Quanto a questão da fiscalização por parte do Estado, esta poderia se fazer valer de uma maneira mais incisiva, de preferência fiscalizando mensalmente a empresa contratada, em relação aos encargos devidos aos seus colaboradores, fiscais e empresariais. Caso seja detectada alguma irregularidade, podendo inclusive ser deduzida nas verbas para pagamento da terceirizada para que seja sanada as possíveis pendências em relação ao contratado.

A fiscalização não deve se restringir em relação apenas ao ente contratante, mas se estender aos demais órgãos fiscalizadores, bem como Tribunal de Contas, Poder Legislativo, Sindicatos, Ministério Público, Ministério Público do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego de forma intensiva.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Kátia Magalhães, Direito Constitucional do Trabalho, Sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal, São Paulo, LTR, 1998

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Rubens Ferreira de, A terceirização no direito do trabalho, Editora, São Paulo, Malheiros, 2.000, 1ª edição).

DELGADO, Mauricio Godinho ; DELGADO, Gabriele Neves; A Reforma Trabalhista No Brasil, com os comentários à lei 13.467/2017, São Paulo, LTR, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em 15 Abril. 2018, 16:03.

<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35857&seo=1>>. Acesso em: 06 abril.2018, 10:37.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm, acesso em 27 de junho de 2018, 09:21.

<https://direitosbrasil.com/evolucao-do-direito-trabalhista-no-brasil/> acesso em 27 de junho de 2018, 11:18.

<https://brunnalotife.jusbrasil.com.br/artigos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil>, acesso dia 27 de junho de 2018, 12:52.

MAFFINI, Rafael. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINHO, Cláudia Gaspar Pompeo. *A responsabilidade contratual da Administração Pública após o julgamento da ADC 16 pelo STF*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 fev. 2012. Disponível em:

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MEIRELLES, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROCHA, Camilla Holanda Mendes da. *Responsabilidade do tomador público após o julgamento da ADC No 16 pelo STF*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 set. 2015. Disponível em:

SARAIVA, Renato e TONASSI, Rafael Souto, Direito do Trabalho, Editora JusPODVM, 2018, 20ª edição.

SILVA, Homero Batista Mateus Da. Comentários à Reforma Trabalhista, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 Distrito Federal. Disponível em:

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.