

de-obra, nos termos da Lei Nº 8.630/93, igualmente aquelas envolvendo associados e entidades de classe, ressalvadas as hipóteses em que se está a discutir relação de emprego entre as partes, são da competência residual da Justiça Comum Ordinária, em razão da competência a ela atribuída.

4. Conclusão.

1. Os trabalhadores portuários avulsos, não são empregados dos órgãos gestores de mão-de-obra instituídos pela Lei nº 8.630/93;
2. Nas causas envolvendo trabalhadores portuários avulsos e os órgãos gestores de mão-de-obra, ressalvados os casos em que se estiver discutindo relação de emprego entre este e aquele, não se aplicam as regras da competência contidas no art. 643, da CLT;
3. As causas em que os trabalhadores portuários avulsos, promovem contra o órgão gestor de mão-de-obra, na busca dos benefícios indenizatórios da Lei nº 8.630/93, deverão ser dirimidas pela Justiça Comum Ordinária, em face da competência residual, sendo a Justiça do Trabalho incompetente, em razão da matéria, para apreciar, conciliar e julgar tais controvérsias.

TERCEIRIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA X RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA(*)

André Wilson Avellar de Aquino ()**

Historicamente, muito se tem debatido a respeito do tema “Terceirização”, tendo se tornado um dos mais controvertidos, em matéria de Direito do Trabalho. Em tempos de globalização da economia, em que as empresas buscam novos mercados, necessitando adaptar-se às regras mundiais de competitividade, a questão da redução dos custos da produção revela-se primordial.

O problema, contudo, diz respeito à intenção, no mais das vezes identificada, de utilização desse expediente, com vistas a fraudar os direitos trabalhistas dos empregados.

Tem-se notícia a respeito de movimentos que se posicionaram contrariamente à intermediação de mão-de-obra, sempre ao argumento de proteger o trabalhador, hipossuficiente na relação, no que se refere às garantias mínimas, legalmente asseguradas.

Ocorre que as empresas buscam, a todo o custo, novas formas de gerenciamento, com vistas ao enxugamento da máquina, de forma a produzir mais com menos recursos. E isto, é lógico, passa pelo problema relativo à redução dos postos de trabalho, de grande conotação social, vindo a refletir, sobremaneira, no Direito Laboral.

A desconcentração do processo produtivo, como forma de otimização da atividade empresarial, é hoje uma realidade incontestável. Repassar as atividades secundárias a empresas especializadas é forma amplamente difundida, concentrando-se a empresa em sua atividade principal. É o que se denomina de “TERCEIRIZAÇÃO”, conhecida, também, por “especialização flexível”.

Um exemplo clássico desse fenômeno é o da indústria automobilística, que passou à condição de montadora, pois os componentes do produto final são produzidos por empresas especializadas.

(*) Trabalho apresentado no I Seminário Paraibano de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Processo Civil, Promovido pela AMATRA XIII, em João Pessoa-PB.

() André Wilson Avellar de Aquino é Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**

Podemos identificar duas formas de descentralização do processo produtivo: uma, quando ocorre o repasse de serviços; e outra, na transferência a terceiros da responsabilidade pela produção de produtos. Temos que somente interessa ao Direito do Trabalho a primeira espécie, desde que, na segunda, não haverá o estabelecimento de qualquer vinculação com empregados da empresa contratada, recebendo a contratante o produto acabado, o que caracteriza mero contrato de compra e venda, sem qualquer outra implicação.

A questão, portanto, gira em torno da órbita do fornecimento de serviços.

A intermediação de mão-de-obra, onde o trabalhador vincula-se diretamente com a empresa fornecedora e subordina-se juridicamente à empresa tomadora, ficando patentes quase todos os requisitos da relação de emprego, previstos na CLT, a exceção da contraprestação, que é paga pela primeira, somente é admitida, em nosso país, na hipótese de trabalho temporário, conforme previsto na Lei nº 6.019, de 1974. E não poderia ser diferente, pois, como bem ressaltou o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, no Recurso de Revista que originou o Enunciado nº 256, **“A relação jurídica mantida entre a locadora de serviços e o contratado tem as características do arrendamento, locação ou aluguel da força de trabalho e reveste-se de ilicitude, pois os homens não podem ser objeto, ainda que velado, deste tipo de contrato, mas somente as coisas”**.

Na contratação de serviços específicos, como, por exemplo, nos casos de limpeza, segurança e vigilância, legalmente disciplinados, a subordinação é direta à

empresa de prestação de serviços, havendo, apenas, fiscalização por parte do tomador. Da mesma forma, no que diz respeito a serviços ligados à atividade-meio da empresa terceirizante.

Quanto à empreitada, somente será relevante na hipótese de subcontratação dos serviços, quando o art. 455 da CLT estabelece a responsabilidade subsidiária do empreiteiro principal quanto às obrigações trabalhistas relativas aos empregados contratados pelo subempreiteiro.

Temos, atualmente, como orientação, o Enunciado nº 331, editado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que, inclusive, revisou o verbete nº 256, de tendência restritiva, o qual mantém o entendimento no sentido de que 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. Admite, ainda, a contratação de serviços de vigilância, conforme previsto na Lei nº 7.102, de 20.06.83, de limpeza e conservação, bem como de serviços especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação. Quanto à Administração Pública, entendeu-se pela impossibilidade de formação de vínculo com o empregado, mesmo nos casos de contratação irregular. Por fim, se estabeleceu a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, exigindo a participação daquele na relação processual e a sua inclusão no título executivo judicial.

Vejam, daí, a questão da responsabilidade trabalhista, decorrente da desconcentração do processo produtivo, nas espécies relacionadas.

No que diz respeito ao trabalho temporário, o art. 16 da Lei nº 6.019, de 1974, prevê, no caso de falência da empresa de trabalho temporário, a responsabilidade solidária da empresa tomadora ou cliente pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, do período em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como, em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas naquela Lei. Por outro lado, nas demais hipóteses, advém a denominada responsabilidade subsidiária, em virtude da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*.

Como já foi dito, o direito objetivo não prevê outra hipótese de fornecimento de mão-de-obra, que não a de trabalho temporário. Por esse modo, em caso de contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, como bem definiu o verbete em comento, o vínculo se estabelece diretamente com o tomador dos serviços, assumindo este, de forma irrestrita, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas decorrentes do contrato. Há quem defenda a responsabilização solidária do fornecedor, como forma de dar efetividade aos princípios tutelares do Direito do Trabalho, evitando, assim, qualquer tipo de fraude, tendente a suprimir direitos legalmente assegurados ao empregado.

Discordo, contudo, dessa opinião, até porque fica completamente excluída a relação entre empregado e empresa fornecedora, recaindo toda obrigação na empresa

tomadora dos serviços. De mais a mais, conforme previsto no art. 896 do Código Civil, “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Quanto à contratação de serviços específicos, como é o caso dos serviços de vigilância, de conservação e de limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ante a ausência de previsão legal, aquele responde subsidiariamente pelas obrigações do contrato de trabalho firmado com o empregado, em consequência, também, da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*. Isso, no caso de não ficarem caracterizados os requisitos da personalidade e da subordinação direta, o que poderá ocasionar o reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador dos serviços.

O certo é que o tomador deve, antes de efetivar a contratação da prestadora de serviços, cercar-se dos cuidados necessários, a fim de evitar possíveis contratemplos, especificamente no que diz respeito à idoneidade da contratada, havendo-se de manter vigilante em relação à quitação, por parte da mesma, das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho mantidos com os empregados que desempenham labor em suas instalações.

De maior complexidade a questão da responsabilidade do Poder Público na contratação de serviços terceirizados.

A permissão para a realização de tais contratos encontra-se prevista no Decreto-Lei nº 200, de 1967, que estabelece que 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.

E, como se sabe, a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de todas as esferas, encontra-se jungida aos princípios delineados pelo art. 37 da Constituição Federal, evidenciando-se os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e o da acessibilidade aos cargos públicos mediante aprovação prévia em concurso público. Outrossim, o parágrafo 2º do mencionado dispositivo prevê a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, em caso de não-observância ao princípio da prévia seleção externa.

Note-se que o Texto Magno fulmina de nulidade absoluta o ato praticado em preterição à solenidade estabelecida no inciso II do art. 37. É o caso, portanto, de aplicação do art. 145, incisos IV e V, do Código Civil, que declara nulo o ato jurídico praticado com preterição a solenidade que a lei considera essencial para a sua validade, bem como, quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, em Acórdão da lavra do Ministro Paulo Brossard, já se pronunciou nos seguintes termos: “A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos. Pela vigente ordem constitucional, em

regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público”.

Daí decorre a impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego com empregado de empresa fornecedora de mão-de-obra, mesmo em caso de irregularidade da contratação. É o que deflui, inclusive, do texto do item II do Enunciado nº 331 do TST.

No caso, não há como sugerir a aplicação do art. 9º da CLT, que estabelece a nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos consolidados, mais favorável ao trabalhador, até porque existe norma de ordem pública, de hierarquia superior, imperativa e proibitiva, dando solução à hipótese, sendo certo que o interesse individual não pode se sobrepor ao interesse público. O próprio art. 8º consolidado, ao dispor sobre a integração normativa, diz, expressamente, que nenhum interesse de classe ou particular pode prevalecer sobre o interesse público.

Impossível, portanto, a aplicação do princípio da norma mais favorável.

Quanto à responsabilidade pelas parcelas decorrentes do trabalho realizado, tenho que, não sendo possível o reconhecimento do vínculo de emprego, não há como se reconhecer o direito de pleitear verbas trabalhistas correspondentes, isto em relação à Administração Pública. Ora, qualquer espécie de indenização deve ser alcançada junto à empresa fornecedora da mão-de-obra ou do serviço. Ao Estado não pode resultar essa responsabilidade, até porque não pode sofrer prejuízos em decorrência da irresponsabilidade do mau administrador, devendo-se, mais uma vez, ressaltar que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse individual.

E mais, não se pode dizer que o empregado agiu de boa-fé. Não se pode aceitar, conforme estabelece o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, que se alegue o desconhecimento da lei, com vistas a se obter vantagem indevida, principalmente em se tratando de Administração Pública. Se houve irregularidade por parte do Administrador, assim também se deve concluir em relação ao empregado, que aceita manter-se em situação irregular, disso se prevalecendo após o reconhecimento da nulidade detectada.

Não se diga, também, que seria o caso de reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado, conforme previsto no parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal, completamente distinta da hipótese que se analisa. Ali, não se observa a concorrência do particular na ocorrência do suposto prejuízo, o que não acontece na hipótese de contratação irregular de empregados.

A própria Lei nº 8.666, de 1993, que estabelece normas relativas a licitações e contratos, no âmbito da Administração Pública, exclui a responsabilidade desta pelos encargos trabalhistas e previdenciários, dizendo, ainda, que a inadimplência do contratado “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”.

Não há, portanto, que se falar em responsabilidade da Administração, seja ela solidária ou subsidiária, em relação aos empregados irregularmente contratados. A solução dada a esses empregados é dirigir-se diretamente à empresa fornecedora, a qual terá legitimidade para responder judicialmente pelas obrigações trabalhistas decorrentes.

Em conclusão, tem-se que, em geral, a responsabilidade da empresa tomadora, ou cliente, no que diz respeito aos consectários decorrentes da relação de emprego mantida pela fornecedora com o empregado é subsidiária, conforme entendimento explicitado no item IV do Enunciado 331 do TST. Quanto à responsabilidade solidária, decorre da lei ou da vontade das partes, evidenciando-se na hipótese mencionada no art. 16 da Lei 6.019, de 1974, de falência da empresa de trabalho temporário.

No caso de contratação irregular de trabalhadores através de empresa interposta, ou mesmo quando resultar caracterizada a pessoalidade ou a subordinação direta, na hipótese de contratação de serviços específicos ligados à atividade-meio, a vinculação se estabelece diretamente com a tomadora dos serviços, que responde, de forma isolada e irrestrita, pelos encargos correspondentes.

Por fim, no que se refere ao Poder Público, mesmo em caso de contratação irregular, o vínculo de emprego se mantém com a fornecedora, não havendo que se falar em responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

A TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO

Antonieta Lúcia Mânica Arcoverde Nóbrega
(*)

Introdução

O Direito do Trabalho é, sem dúvidas, o ramo do direito que mais tem evoluído, passando por etapas que bem retratam o nível das relações que se estabelecem entre empregado e empregador ao longo dos anos.

A dinâmica social interfere diretamente nas relações de trabalho, impondo-lhes novas realidades. Passou-se do nada, do simplório, ao complexo e rico sistema de relações de trabalho, evidenciando-se, de tempos em tempos, modificações bastante