

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 5.019, 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 instricto, 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 Maroja 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 idéias. Passou-se do nada, do simplório, ao complexo e rico sistema de relações de trabalho, evidenciando-se, de tempos em tempos, modificações bastante

profundas no processo laboral, sempre com o fito de atingir-se uma maximização dos resultados e uma diminuição dos custos.

Como parte desse fenômeno, surge a terceirização, e, com ela, desaparece, ou mesmo atenua-se, a tão difundida e aceita tese de que o trabalho é sempre exercido em prol do empregador; que a relação de trabalho é uma relação a dois, sem admissão de qualquer terceiro. Justamente pela gama de novas idéias, pelo intuito renovador com que ela se apresenta, a terceirização tem suscitado calorosos e apaixonados debates, ainda mais quando um dos envolvidos no processo é um órgão da administração pública.

A responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quando este é um órgão público, em face do inadimplemento do prestador dos serviços, quanto a débitos trabalhistas, é repudiada por muitos, mas questão pacífica para outros tantos.

Nas próximas linhas, teremos um breve estudo a respeito do que vem a ser a terceirização, oportunidade na qual manifestaremos nossa posição a respeito da responsabilidade do tomador de serviços - ente público - por débitos de natureza trabalhista.

(*) - Antonieta Lúcia Maroja Arcoverde Nóbrega é bacharela em direito, com pós-graduação em Direito Processual Civil, e assessora do Ministro José Augusto Delgado, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Terceirização

Temos a terceirização como sendo o processo pelo qual a relação de trabalho não mais é limitada a dois pólos, estando, de um lado, aquele que presta serviços, que dispõe de sua energia de trabalho, e, do outro, aquele que se beneficia desse labor, oferecendo-lhe, em contra partida, uma remuneração equivalente. É justamente a entrada, nessa relação jurídica, de um terceiro envolvido, intermediando os interesses dos outros dois, que caracteriza a terceirização.

O terceiro é sempre uma pessoa jurídica, uma empresa de trabalho temporário, prestadora de serviços, comumente chamada de locatária, denominação esta perfeitamente compreensível porque é ela quem põe à disposição do cliente a mão-de-obra de que dispõe.

Os outros dois sujeitos desta relação triangular são a empresa tomadora e o empregado.

A empresa tomadora é também chamada de locadora, porque ela se socorre da força de trabalho (empregado) oferecida pela locatária, sempre de maneira temporária. É a empresa-cliente.

O tomador dos serviços pode ser, indistintamente, uma pessoa física ou jurídica, ao contrário do que acontece com a prestadora dos serviços, esta sempre pessoa jurídica.

Por fim, temos o empregado. Este é o que sempre foi; um executor de tarefas subordinado, submetido a horários e regras disciplinares, incumbindo-lhe os mesmos direitos e obrigações de um qualquer contrato de trabalho. Duas peculiaridades, contudo, evidenciam-se de plano: a questão da subordinação e o direito de ação.

Quanto ao primeiro, urge considerar que, embora o trabalhador seja considerado empregado da prestadora de serviços, com ela se formando o vínculo legal de emprego, é em relação ao tomador dos serviços que vamos verificar a subordinação. O trabalho desenvolvido pelo obreiro é sempre fiscalizado por aquele a quem se dirige a energia de trabalho e que, diretamente, dela se beneficia. E nessa relação jurídica, o beneficiado direito é a tomadora dos serviços, sendo, portanto, a ela devida a subordinação do empregado, muito embora com ela não haja o obreiro contratado uma relação de emprego.

Oportuno esclarecer, entretanto, que haverá sempre uma reserva de subordinação destinada ao seu contratador. É evidente que, formando-se o vínculo de emprego entre o trabalhador e a prestadora de serviços, deve o laborista a esta submeter-se, nos limites ditados pelas normas legais, ao tratar do poder diretivo do empregador. O que não se pode negar é que, com a terceirização, a figura do empregador é, ainda que por ficção jurídica, deslocada para uma terceira pessoa. E com esse "deslocamento", temos uma ampliação da figura do empregador, refletindo no cliente, para quem confere-se, a partir de então, o mesmo poder diretivo. Nas palavras de Renato Corrado, citado pelo mestre Prunes, a prestação de serviços "conserva o poder disciplinar e delega o poder de comando".

José Martins Catharino (*in* Trabalho Temporário, Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro (1984), pág. 37), de maneira muito lúcida nos aclara a questão da dupla subordinação a que se submete o empregado de uma prestadora de serviços:

"Que o empregado está sujeito a dupla subordinação não nos parece possa ser negado, principalmente por causa da particularidade de ser inserido, embora temporariamente, em empresa de quem não é sua empregadora.

Tecnicamente, explica-se essa dupla e simultânea subordinação da seguinte forma: o direito de dirigir o trabalho é da pessoa fornecedora-

empresária, a qual, ao realizar o contrato interempresário de trabalho provisório com a recebedora, concede a esta poder subordinante.

Essa dupla subordinação a que o empregado está sujeito, oriunda do exercício de direito e de poder, resulta da própria natureza do contrato de emprego provisório; da realidade das coisas; do interesse recíproco da ETT e da sua cliente, e da vinculação executiva de dois contratos (infra, nº 8). No caso, é incompreensível e impraticável a empregadora, sozinha, dirigir e fiscalizar o trabalho de seu empregado, imiscuindo-se em empresa alheia, em que o mesmo passa a servir por sua ordem".

É indiscutível, contudo, que a relação de emprego vai formar-se, tão-somente, entre o trabalhador e aquele que o contratou, no caso, a prestadora-locatária. Por sua vez, entre o tomador e o fornecedor de mão-de-obra, teremos um contrato de natureza civil.

O processo de terceirização é amplamente regulado pela lei n.º 6.019/74 e pelo Decreto-Lei nº 73.841/74, além de ordens de serviço e instruções normativas.

Essa lei inovou, no âmbito do direito substantivo do trabalho, com a figura do trabalho temporário, dando origem à "marchandagem". Essa modalidade de contratação, reconhecidamente, significou uma flexibilização do Direito Laboral, até então avesso a qualquer procedimento que se afastasse daqueles previstos na legislação consolidada. Essa flexibilização, muito apropriadamente, não foi total, uma vez que a lei de 1974 tratou de estabelecer vários requisitos de validade, impondo procedimentos específicos sob pena de invalidação do ajuste celebrado.

A preocupação do legislador foi, de fato, facilitar a contratação de mão-de-obra por tempo determinado sem, contudo, deixar de garantir aos trabalhadores a tutela que inspira o Direito do Trabalho.

Dessarte, a primeira exigência imposta nesse sentido foi a relativa à necessidade de contrato escrito entre o trabalhador e a empresa cedente ou fornecedora de mão-de-obra. Não basta o contrato verbal, ou mesmo tácito, de que trata a CLT. Da mesma forma, exige-se a formalização de um contrato entre o tomador dos serviços e a empresa locatária, não havendo divergências quanto ao fato de ser este contrato de natureza civil, de prestação de serviços.

A não observância das disposições insertas nos artigos 9º e 11, da lei 6.019/74, resulta na formação do vínculo empregatício entre o obreiro e o tomador de serviços, uma vez que a norma legal é expressa em suas determinações, decorrendo de sua inobservância a descaracterização do trabalho temporário. Importa salientar que temporário é o trabalho do laborista em relação ao cliente, sendo improrrogável o prazo de 3 meses, previsto no art. 10 da lei em comento.

Esta lei tratou também de fornecer a definição de trabalho temporário, dispondo em seu art. 2º:

"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".

Essa definição é repetida no art. 1º, do Decreto supra aludido, e delas extraímos as condições em que é cabível essa modalidade de trabalho. É preciso, pois, primeiramente, que a locação de mão-de-obra objetive substituir por curto espaço de tempo (no máximo 3 meses) pessoal permanente do tomador dos serviços, também admitindo-se a intermediação nos casos de acréscimo extraordinário de serviços. Pelo espírito da lei em estudo, é razoável entender-se que esse acréscimo seja também temporário, pois, do contrário, incabível a terceirização.

Claro se afigura o intuito delimitador da regra legal, restringindo a essas duas situações as hipóteses em que os serviços podem ser terceirizados.

Assim, afastando-se um empregado "regular e permanente" de suas funções, nas hipóteses admitidas em lei, e não dispondo o seu empregador de substituto, poderá ele socorrer-se de empresa de trabalho temporário, devidamente registrada no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho (art. 5º da lei 6.019/74). Essa empresa fornece, então, mão-de-obra temporária e substituta.

A outra hipótese contemplada pela lei é o aumento extraordinário dos serviços do tomador, exemplo que se verifica facilmente em época de final de ano, em relação ao comércio. Sendo certo que o aumento do volume de vendas e, conseqüentemente, a necessidade de mais vendedores, são temporários, não faz sentido que o comerciante contrate diretamente o empregado, ainda que por tempo determinado, nos moldes das disposições celetistas, sendo muito mais simples e rentável, a terceirização das atividades, pela intermediação da mão-de-obra.

Dessa forma, a empresa-cliente não poderá beneficiar-se do labor do trabalhador, cedido pela prestadora de serviços, por prazo superior a 3 meses. Esse prazo é fatal e a sua extrapolação descaracteriza o trabalho temporário, gerando a presunção de vínculo de emprego entre o locador e o trabalhador. É que a lei não prevê a possibilidade de prorrogação desse prazo, salvo mediante autorização do Ministério do Trabalho, sem, no entanto, enumerar as hipóteses em que essa autorização seria dada.

A não observância do prazo referido, gerando a presunção de relação de emprego com o tomador, implica, por sua vez, na responsabilidade solidária da prestadora de serviços, em razão de sua convivência com a fraude praticada.

Enunciado 331 do TST

O Tribunal Superior do Trabalho editou, no ano de 1993, revisando o anterior verbete 256, o Enunciado de Súmula Nº 331, nos seguintes termos:

"Contrato de prestação de serviços - legalidade - revisão do Enunciado n. 256.

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 n. 6.019, de 3.1.74);

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República);

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta;

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

Como visto, aquele tribunal declarou a licitude da contratação temporária de serviços de vigilância, conservação e limpeza. Mais ainda, isentou os tomadores de serviço do vínculo de emprego com os empregados, desde que as atividades por eles exercidas fossem relativas à atividade-meio da empresa.

Dessa maneira, a terceirização tornou-se mais abrangente, passando a ser aceita, ainda que não estritamente nas hipóteses da lei 6.019/74, que apenas permite a contratação de trabalho temporário em duas hipóteses: substituição temporária de pessoal permanente da tomadora e em função de aumento extraordinário e momentâneo de seus serviços.

O entendimento delineado no Enunciado 331 autoriza o trabalho temporário, sem formação de vínculo com o tomador, em qualquer ramo de atividade, desde que observadas três condições:

- a) a atividade desenvolvida pelos trabalhadores cedidos pela locatária deve estar dissociada da atividade-fim do cliente. É preciso que os serviços em questão sejam marginais, no sentido de que estejam afastados do núcleo da empresa, de sua própria essência;**
- b) não deve haver pessoalidade;**
- c) nem subordinação.**

Quanto à personalidade, o problema pode ser facilmente resolvido. Com a repetição ou renovação do contrato de prestação de serviços de natureza civil, celebrado entre tomador e prestador de serviços, não poderá aquele exigir deste a colocação especificada e continuada de um determinado trabalhador (empregado).

Em relação à subordinação, a questão é mais delicada. É que, embora sendo empregado da prestadora de serviços, o trabalhador recebe ordens do cliente, restando impossível a total ausência do elemento subordinação. O que, no entanto, quis dizer o enunciado foi que a subordinação não se transfere, ou se desloca plenamente para o terceiro, locador da mão-de-obra, remanescendo em grande parte nos limites do "jus variandi" da prestadora de serviços.

Satisfeitos, então, esses requisitos, a terceirização é plenamente válida, não havendo que se falar em relação de emprego entre aquele que presta o trabalho e aquele que dele se beneficia.

É oportuno frisar, nas palavras de Sérgio Pinto Martins (*in A Terceirização e o Direito do Trabalho*, Ed. Malheiros, São Paulo (1996), pág. 98), que "a atividade-fim é aquela em que a empresa concentra seu mister, isto é, em que é especializada".

O item I do enunciado, visando reafirmar o espírito da lei 6.019, vedou a contratação de trabalhadores por empresa interposta, excetuando justamente os casos de trabalho temporário previstos nesse texto legal.

O que se visou coibir foi a fraude aos dispositivos contidos na CLT, em prejuízo do trabalhador, evitando-se, para tanto, que verdadeiras relações de emprego fossem contratadas sob o disfarce da terceirização.

A responsabilidade do tomador dos serviços

A terceirização dos serviços, em que pese as suas reconhecidas vantagens, pode trazer para os obreiros grandes prejuízos quando são eles contratados por firmas inidôneas, sem qualquer estrutura financeira, interessadas que estão, tão-somente, no lucro fácil obtido com o contrato celebrado com o cliente.

Pensando nisso, o legislador ordinário inseriu no texto da lei, mais precisamente, no art. 16, disposição protetora dos direitos dos laboristas.

Eis o texto mencionado:

"No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta lei".

Vê-se, pois, que o trabalhador não poderá ser prejudicado pela inadimplência do seu empregador. Comprometida financeiramente a prestadora de serviços, caberá à tomadora efetuar o pagamento das verbas devidas ao trabalhador em relação ao período em que este se beneficiou do seu labor.

Não se trata de reconhecer vínculo empregatício, já que, por disposição contida no art. 9º, da CLT, este somente será reconhecido quando evidenciada a fraude à lei que trata do trabalho temporário. Fora dessa hipótese, é inegável que o verdadeiro empregador do trabalhador é a empresa de trabalho temporário; o cliente ou tomador de serviços continua exercendo o seu primitivo papel, qual seja, de mero locador de trabalho. O que se verifica é, contudo, a necessidade de punir aquele beneficiado com o trabalho pelo fato de ter ele contratado com empresa sem a exigida credibilidade.

Em última análise, não há como esquecer que foi a tomadora, como já dito, contemplada com a energia de trabalho dispendida pelo trabalhador, não sendo razoável atribuí-lhe total isenção.

Ressalve-se que o Enunciado 331, já transcrito anteriormente, declarou o entendimento pacífico do TST no sentido de ampliar as hipóteses nas quais seria o tomador de serviços responsável pelos débitos trabalhistas.

O item IV do verbete, condicionando à participação do cliente na relação processual, atribui a ele a responsabilidade subsidiária em casos de inadimplemento das obrigações pela prestadora, cedente de mão-de-obra.

Note-se que a responsabilidade é subsidiária, somente sendo executado o tomador dos serviços quando a empresa de trabalho temporário não tiver bens ou ativos financeiros capazes de solver a dívida trabalhista. A responsabilidade subsidiária do cliente decorre da sua culpa "in eligendo". Em casos de falência, no entanto, permanece a solidariedade do art. 16. A limitação temporal, contida no art. 16 da lei 6.019, foi, obviamente mantida. A responsabilidade é pertinente ao período em que o obreiro laborou em favor do cliente.

A Administração Pública e a lei n.º 8.666/93

Muito se tem discutido, sendo grande a divergência, no que se refere à responsabilidade pelos débitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho, quando a Administração Pública terceiriza serviços e a prestadora desses serviços não tem idoneidade financeira.

O debate ainda não chegou ao fim, sendo certo que há seguidores numerosos de duas correntes. A primeira, defendendo a tese de responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando inadimplente a empresa que com ela contratou, e, a segunda, seguindo caminho oposto.

Nem mesmo a edição do enunciado supra referido foi suficiente para pôr fim às dúvidas existentes, uma vez que este verbete somente trata dos entes públicos em seu item II, dispondo a respeito da impossibilidade de formação de vínculo de emprego, em sendo constatada "contratação irregular de trabalhador através de empresa interposta". Vê-se, então, que não se tratou da questão da responsabilidade.

A controvérsia gira em torno dos artigos 37, II e § 6º, da Constituição Federal de 1988, e 71, § 1º, da lei n.º 8.666/93.

O legislador constituinte estabeleceu, como regra a ser observada em todas as contratações feitas por órgãos públicos, a realização de prévio concurso público, objetivando estabelecer critérios de qualidade e, conseqüentemente, evitar o mau uso dos recursos públicos. É certo também que a realização de prévio certame público atende diretamente aos princípios da impessoalidade, moralidade, legalidade e publicidade, que, como sabido, norteiam os atos da Administração Pública.

Os que são contrários à responsabilização subsidiária do ente público invocam também este dispositivo constitucional (art. 37, II) como fundamento. Afirmam que a intenção do constituinte não pode ser esquecida, não sendo admissível o dispêndio de recursos com mão-de-obra, a menos que observado o comando constitucional.

Há ainda o disposto no § 1º do art. 71 da lei n.º 8.666/93, nestes termos:

"A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo (comerciais, trabalhistas e fiscais), não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento".

Como visto, este dispositivo legal isenta a Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, de qualquer responsabilidade perante o empregado, quando o verdadeiro empregador, o prestador de trabalho temporário inadimplente com suas obrigações.

O fundamento desta norma é o de que o órgão público, beneficiado com o labor, observou os ditames legais quando procedeu à necessária licitação, não podendo, dessarte, ser penalizado posteriormente por culpa alheia.

Não podemos, não obstante as considerações acima, concordar com esse posicionamento.

Para tanto, invocamos a norma inserida no art. 37, § 6º, da Carta Magna em vigor, na qual se prevê a responsabilidade objetiva do Estado, em relação a terceiros prejudicados, resguardando-se às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado, desde que prestadoras de serviços públicos, o direito à ação regressiva contra o responsável pelos danos.

Ora, o artigo em comento, enquanto norma constitucional, sobrepõe-se ao disposto na lei 8.666/93, e, sendo as disposições referidas conflitantes, torna-se inaplicável o art. 71 desta lei.

A regra constitucional deve nortear os julgadores, operadores do direito, a fim de que a Administração Pública restitua os prejuízos sofridos pelo terceiro prejudicado, no caso, o laborista.

Ademais, a culpa, nesses casos, é presumida, sendo vista sob dois aspectos: culpa "in eligendo" e culpa "in vigilando", dizendo respeito a primeira ao presumido erro no procedimento licitatório, culminando com a contratação de uma empresa inidônea economicamente. Mas a responsabilidade pode também ser presumida pela culpa "in vigilando", uma vez que cabe ao ente público fiscalizar a execução do pacto por parte da empresa contratada.

A culpa da Administração Pública é perfeitamente admissível, já que, como saliente Diógenes Gasparin (*in* Direito Administrativo, Saraiva, São Paulo (1992), pág. 397), "durante a vigência do contrato, cabe à Administração Pública acompanhar sua execução, isto é, velar para que o contratante particular observe ou realize tudo o que foi pactuado".

Conclusão

Pelo exposto, podemos concluir que a Administração Pública deverá responder subsidiariamente por débitos trabalhistas da empresa que lhe forneceu mão-de-obra, em face da inconstitucionalidade da lei ordinária de n.º 8.666/93, cujo art. 71, §1º, isenta o órgão público dessa responsabilidade.

O fundamento desse entendimento é a responsabilidade objetiva do Estado, adotada pelo Texto Constitucional em seu art. 37, § 6º, razão porque presumíveis as culpas "in eligendo" e "in vigilando" da Administração Pública.

Desta forma, o item IV, do Enunciado 331 do TST, é aplicável a todos, indistintamente, sejam os tomadores de serviço pessoas físicas ou jurídicas, de direito

público ou privado, ou ainda, neste último caso, se em atividades próprias do Poder Público.

O PODER E O INTELLECTUAL SEGUNDO GRAMSCI

Andilma Medeiros de Sousa (*)

"A fase atual da luta de classes na Itália é a fase que precede ou a conquista do poder político pelo proletariado revolucionário e a passagem a uma nova organização na produção que permitiria um aumento da produtividade, ou uma tremenda reação por