

## ENSAIOS SOBRE A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Um estudo sobre a Instrução Normativa 05 de 25 de maio de 2017/MPDG

Cuidados na contratação de serviços terceirizados

\*por Luiz Cláudio de Azevedo Chaves\*

Para que o Estado mantenha sua máquina em perfeito funcionamento e possa, além disso, ampliar o alcance de sua atuação a favor da sociedade, com ampliação e criação de novas políticas públicas, deve se servir de parceiros externos, visando maior eficiência e redução de custos, entregando a estes, tarefas que, em princípio, poderiam ser executadas diretamente pelo Poder Público. Uma das formas de delegação de tarefas é a contratação com empresas especializadas que para execução de atividades necessárias ao Estado, que se dá, regra geral, por via licitatória.

Palavras-chave: Licitação. Contrato. Serviços. Terceirização.

1. Introdução. 2. Aspectos formais da contratação de serviços terceirizados. 2.1 Terceirização: conceito e histórico. 3. A terceirização admitida na IN 05/2017/MPDG. 3.1 A subordinação como elemento caracterizador da terceirização ilegítima. 3.2 A pessoalidade como elemento caracterizador da terceirização ilegítima. 3.3 Situações a serem evitadas no planejamento e na formalização do contrato. 3.4 Situações a serem evitadas ao longo da execução do contrato. 3.5 A delicada questão da fixação dos salários dos empregados terceirizados. 3.6 Aplicabilidade da Súmula 331/TST nos contratos celebrados pelas entidades do Sistema 'S' 4. Conclusão.

### 1. Introdução

A contratação de serviços pela Administração Pública com empresas privadas especializadas na sua área de atuação é uma das principais formas de execução indireta de serviços pelo Estado. A seleção de tais parceiros, como é cediço, se faz, como regra geral, por via do procedimento licitatório. Como é igualmente sabido, a licitação pública, tal como preconizada pelo art. 37, XXI, da Carta Política de 1988, deve ser dirigida a todos os possíveis interessados e que tais interessados possam disputar a oportunidade de negócio em igualdade de condições. Logo, o Gestor Público não estará provido de poder de livre escolha de seu parceiro de negócios, mas admitir contratar aquele que reunir as condições de execução, sem qualquer discrimen.

A IN 05/2017/MPDG, dentre as outras preocupações que buscou apaziguar<sup>1</sup>, cumpre a finalidade de estabilizar a forma de contratação de serviços, oferecendo parâmetros seguros e objetivos para definição do formato a ser observado pelos órgãos da Administração Pública Federal. Destaca-se, mais uma vez, que tais parâmetros podem (e devem) ser utilizados por qualquer órgão de qualquer esfera de Governo e Poder e até mesmo pelas entidades do Sistema S (também submetidas ao *dever geral de licitar*).

São ditados os tipos de serviço que admitem execução indireta e os que não são compatíveis com essa forma de prestação de serviços. A nova IN reinterpreta o que deve ser observado na

<sup>1</sup> Veja-se as introduções dos seguintes trabalhos: **INSERIR REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA E RESPECTIVOS LINKS DOS DOIS TEXTOS ANTERIORES**

terceirização de serviços, agora com a questão da responsabilidade subsidiária da Administração já revista pela nova redação da Súmula 331, do TST<sup>2</sup>, a qual estabelece que a Administração somente será responsabilizada em caso de ter contribuído com a inadimplência dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais pelo contratado. Reforça a ideia dos requisitos necessários à admissão de cooperativas como prestadoras de serviço e inclui requisitos específicos para contratação de instituições sem fins lucrativos, nesse caso, normalmente contratadas com dispensa de licitação<sup>3</sup>. Também cuidou a nova instrução normativa de esclarecer os conceitos de serviços comuns, e por consectário lógico, os não-comuns, bem como o conceito e caracteres dos serviços tidos por continuados e não continuados.

São nesses aspectos que o presente trabalho se dedicará, a fim de que o aplicador da norma tenha esclarecidas suas dúvidas e que os conceitos estabelecidos na nova IN possam ser melhor recepcionados.

## **2. Aspectos formais da contratação de serviços terceirizados.**

Os dispositivos da seção II, Capítulo I, da IN 05/2017, discorrem sobre as características da contratação de serviços terceirizados. Ao longo de todos os artigos que a compõe se percebe o objetivo no sentido de que a contratação não seja deturpada para hipóteses que não admitem a terceirização. Isto porque, uma vez contratado o serviço, porém, se revelando mais à frente ilegítima a relação, os prejuízos para a Administração poderão ser catastróficos. Em razão disso, antes de adentrar nas novas regras de planejamento dessa espécie de contratação, a fim de possibilitar a adequada compreensão de suas normas e espírito jurídico que as cerca, cumpre discorrer algumas linhas sobre essa ferramenta de gestão.

### **2.1 Terceirização: conceito e histórico.**

A terceirização consiste na possibilidade de uma empresa ou organização atribuir a terceiros determinadas atividades necessárias ao desenvolvimento e persecução de seus objetivos institucionais, mas que não constituem o objetivo principal daquela. Tal modalidade de contratação pode envolver tanto a produção de bens, como a execução de serviços.

Hodiernamente, é bastante incomum uma empresa administrar todo o processo produtivo sem contar com parceiros com quem divida sua cadeia de produção. Trata-se, portanto, de uma ferramenta de descentralização da atividade empresarial. Ao optar por terceirizar determinada atividade, o empresário ou gestor objetiva atingir maior eficiência e lucratividade na sua atividade. Segundo José Dari Krein<sup>4</sup>, a decisão de terceirizar determinadas atividades ou produção de bens é vista como estratégica para as empresas, possibilitando a redução de custos, o compartilhamento de riscos e aumento da flexibilidade organizacional.

Isso é possível em virtude de duas razões. Em primeiro lugar, a organização se desincumbe de tarefas que não correspondem exatamente à sua atividade-fim, redirecionando suas forças de trabalho e dedicação justamente para aquelas que afetam mais decisivamente nos seus objetivos institucionais. Em segundo, é que as tarefas redirecionadas passam a ser melhor executadas tendo em vista que são tocadas por especialistas naquela atividade, o que só pode induzir melhoria em seus resultados. No Brasil, o fenômeno da terceirização passou a ganhar maior dimensão no final

<sup>2</sup> Súmula 331, TST: “...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...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.”

<sup>3</sup> Art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993 e art. 9º, inciso VIII do Regulamento do Sistema S.

<sup>4</sup> KREIN, José Dari. *As tendências recentes na relação de emprego no Brasil: 1990-2005*. 2007. Tese (Doutorado de Economia Social e do Trabalho) - UNICAMP, Campinas.

da década de 1980, quando o movimento capitalista pressionou no sentido da liberalização dos mercados, impactando o regime de contratação da mão-de-obra<sup>5</sup>.

Mas, infelizmente, a terceirização tem um lado negativo. Passou a servir de meio de fraude a direitos trabalhistas, em que as empresas contratam seus funcionários por meio de outras empresas (vínculo empregatício por interposta pessoa), mas para executarem as mesmas tarefas que executavam quando o vínculo era com a tomadora do serviço. Muitas vezes, a empresa contratada como terceirizada era composta exatamente pelo empregado demitido e recontratado nessa forma. Daí que a Súmula 256 do TST, datada de 1986, deixou assim assentado:

“Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (BRASIL, 1986).”

Na atividade pública a terceirização se intensificou na mesma época, movida principalmente pela Constituição de 1988, que eliminou a possibilidade de os órgãos públicos contratarem sem concurso público. Assim, de forma errônea, a terceirização começa a ser utilizada para cobrir a carência de mão de obra nos órgãos públicos. Em verdade, essa forma de contratação induzia a contratação de mão de obra por interposta pessoa; uma burla ao princípio do concurso público, em que se “usava” uma empresa intermediadora de mão de obra, para empregar pessoas dentro do órgão, indicados pessoalmente pelos gestores e autoridades. Eram os chamados contratos de *locação de mão de obra*.

A partir da década de 1990, o MPT, verificando que o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal contratavam estagiários, como meio de escapar ao dever de realização de concurso público, passou a instaurar inquéritos civis públicos contra tais organizações, visando a declaração de nulidade desses contratos. As teses defensivas, por sua vez, fundavam-se em decisões do próprio TST que, de uma forma ou de outra mitigavam a aplicação do verbete acima transcrito, “além de permitir que fizessem contratações de serviço de limpeza e outros, de acordo com a Lei nº 5.645/70.”<sup>6</sup> Nesse movimento, em 1993, o Banco do Brasil firmou um Termo de Ajustamento de Conduta com o MPT, comprometendo-se a, no prazo de 240 dias, abrir concurso público para regularizar as atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica, estiva e digitação.

Esse fato, provocou a revisão do Enunciado acima transcrito no mesmo ano e, posteriormente, no ano de 2000 quando foi aprovada a redação da Súmula 331:

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 20.0.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade a subordinação direta.

<sup>5</sup> BIAVASCHI, Magda Barros e DROPPA, Alisson. A dinâmica da regulamentação da terceirização no Brasil. *Revista de Ciências sociais*, 41 Out/2014, pp 121-145 (on line). Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiVmv-Lob3VAhUCQ5AKHQvyD3EQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.biblionline.ufpb.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fpoliticaetrabalho%2Farticle%2Fdownload%2F21273%2F12650&usq=AFQjCNEJCbDw-mhQKC4qf8G68B8owhCz4A>

<sup>6</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.. p.128.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei n. 8.666/93)

Com isso, passou-se a diferenciar com maior clareza a terceirização legalmente admitida daquela que seria considerada ilegal. Constituem as principais características da terceirização ilegal, ou seja, aquela caracterizada pela *locação* ou *intermediação* de mão de obra: a) a empresa contratada não executa uma atividade mensurável e especializada, apenas cedendo a mão de obra; b) como não se trata de uma atividade especializada, as atribuições são determinadas de forma direta pelo tomador do serviço; c) há intensa intervenção do tomador de serviço nas atividades do colaborador terceirizado; d) forma-se uma relação de subordinação entre o colaborador terceirizado e o tomador do serviço, que se coloca como o verdadeiro “patrão” do terceirizado.

Se uma empresa contrata outra para que esta execute um serviço do qual ela é especializada, não há que se falar em ilegalidade ou fraude a direitos trabalhistas, por se tratar de simples atividade econômica. Tanto é assim que o conceito de *consumidor* instituído pela Lei 8.078/1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) alcança as pessoas jurídicas. Logo, não há qualquer irregularidade em uma empresa vender serviços a outra.

Ao contrário, se a empresa contrata outra para que esta última apenas “ceda” empregados, está-se diante da terceirização ilegal, pois a contratada serve apenas para viabilizar a disponibilidade daquele trabalhador nas dependências do contratante. Nesses casos, o objeto do contrato é a própria mão de obra.

Portanto, o simples fato de determinado serviço ser prestado por pessoa física inserir-se no processo produtivo da empresa tomadora de serviços, não induz, obrigatoriamente, ao reconhecimento da relação de emprego, pois esta requer a presença de todos os requisitos legalmente estabelecidos e que configuram uma relação de emprego.

Como vamos ver adiante, as normas construídas na IN 05/2017/MPDG, aperfeiçoando aquelas criadas pela IN 02/20008/MPOG, buscam justamente orientar e prevenir os órgãos da Administração Pública a não utilizar da terceirização considerada ilegal.

### **3. A terceirização admitida na IN 05/2017/MPDG.**

Os arts. 3º a 5º da novel Instrução Normativa cuida especificamente da caracterização da contratação dos serviços terceirizados de modo que os mesmos não assumam as características da terceirização ilegítima:

Art. 3º O objeto da licitação será definido como prestação de serviços, sendo vedada a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra.

Art. 4º A prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize personalidade e subordinação direta.

Logo de início, o art. 3º aponta que o objeto da contratação deve ser uma prestação de serviços, vedando sua caracterização como fornecimento de mão de obra. O sentido é óbvio e não oferece qualquer desafio. Como visto alhures, a locação de mão de obra é forma ilegítima de terceirização. Exemplificando, não será correto promover uma licitação em que seu objeto seja *contratação de empresa especializada em locação de mão de obra para serviços de copeiragem*. Com tal designação, fica nítido que o objeto do contrato é a própria mão de obra. O correto será:

*contratação de empresa especializada em serviços de copeiragem*. Dessa forma, fica descaracterizado o puro fornecimento de mão de obra, atendendo o disposto no citado artigo.

Pode parecer uma filigrana, mas não é. A simples indicação de que o objeto é uma *locação* ou *fornecimento* de mão de obra, de plano, torna ilegítima a contratação. De notar que quando o objeto é o *serviço* de copeiragem, não se está dizendo que se pretende contratar pessoas, mas sim, uma determinada produção e resultados, que admitirá formas de quantificação e medição das mais diversas. Pode ser contratado o *serviço de copeiragem*, para dar um exemplo simples, para serviço de *coffe break* para 200 pessoas e o valor do contrato ser medido pelo valor unitário de cada pessoa a ser servida. Mas, se o contrato for *locação* ou *fornecimento* de copeiros e garçons, só se admitirá a quantificação do serviço pelo número de pessoas que serão alocadas.

Mesmo que o objeto do contrato esteja indicado como uma prestação de serviços, ainda sim, diante de certas características, inclusive de execução, o contrato poderá ser tido como *locação* ou *fornecimento* de mão de obra. Os arts. 4º e 5º se ocupam de transmitir as diretrizes que devem permear a execução de tais contratos a fim de que os mesmos, ainda que formalizados com indicação correta de seu objeto como uma prestação de serviço, não descambem para a terceirização ilegal.

A primeira parte do art. 4º é uma reafirmação do inc. II da Súmula 331, do TST, razão pela qual a entendo desnecessária. Já se encontra bem sedimentado na jurisprudência trabalhista que, mesmo que tenha sido contratada a terceirização na forma de *locação de mão de obra*, não será possível ao empregado da empresa contratada pleitear o vínculo empregatício com a entidade da administração pública direta e indireta. E o fundamento dessa *não vinculação* está no art. 37, II da Carta Política, que impõe o princípio do concurso público de provas ou provas e títulos como condição exclusiva de preenchimento de vagas nos respectivos quadros efetivos. Já a parte final é demasiadamente relevante.

Ao vedar “qualquer relação entre estes que caracterize pessoalidade e subordinação direta, a ideia é justamente evitar que o contrato assumira feição de contratação de mão de obra por interposta pessoa, com a formação de uma relação de emprego entre o tomador do serviço (órgão contratante) e o empregado da empresa contratada. Relação de emprego, na lição de Carmem Camino<sup>7</sup>:

“...é relação de trabalho de natureza contratual, realizada no âmbito de uma atividade econômica ou a ela equiparada, em que o empregado se obriga a prestar trabalho pessoal, essencial à consecução dos fins da empresa e subordinado, cabendo ao empregador suportar os riscos do empreendimento econômico, comandar a prestação pessoal do trabalho e contraprestá-lo através do salário.”

O direito do trabalho tem como um de seus principais corolários o princípio da primazia da realidade, que valora com maior preponderância os fatos concretos da relação jurídica, em detrimento daquilo que formalmente se acha estabelecido. Por isso justifica-se a preocupação da norma regulamentar ora em estudo com a eventual ocorrência de tratos entre os representantes da administração contratante (fiscais e gestores principalmente) e os empregados da empresa terceirizada, pois não será suficiente que o objeto do contrato tenha sido identificado como contratação de serviços, se, das suas relações fáticas restar configurada uma relação de emprego.

Em hipótese discutida em sede de Recurso de Revista, o TST deixou assentado, com fundamento na Súmula 331, que a caracterização da terceirização irregular exige a presença desses dois elementos: pessoalidade e subordinação:

“O Eg. Regional procurou vincular a discussão aos termos do inciso III do verbete sumular em exame na parte em que assentou: *‘Tal subordinação direta resulta da cláusula do contrato entre as duas empresas, como o poder de exigir a retirada ou*

<sup>7</sup> CAMINO, Carmem. *Direito Individual do Trabalho, Síntese*: Porto Alegre, 2004, p. 235.

substituição de funcionários inconvenientes ou mesmo desidiosos no cumprimento de suas funções (cláusula 5ª - fls. 56), fiscalização direta dos serviços e horários pelo Banespa (cláusula 11ª) e até retenção de valores para pagamento direto das obrigações trabalhistas (cláusula 16ª, p. único - fl. 57) (fl. 166). Infere-se do v. acórdão recorrido que o Eg. Regional confunde os poderes da empresa tomadora, na parte em que deveria fiscalizar a prestação de serviços, com a subordinação direta. A ressalva contida no final do item III da Súmula nº 331 prevê duas condições para descaracterizar a terceirização: a) subordinação direta; b) pessoalidade. **Ora, quanto à pessoalidade, nenhuma tese restou firmada no v. acórdão, o que inviabilizaria, ao meu juízo, a invocação da ressalva contida no item III da Súmula em exame.** O segundo fundamento que se vale o Eg. Regional para afirmar a responsabilidade principal da tomadora dos serviços consiste na inidoneidade da empresa intermediária ou preposta. A hipótese descrita no item IV da Súmula nº 331/TST não conduz, em idêntica circunstância, à conclusão de que o tomador dos serviços seja o responsável principal. O inadimplemento das obrigações contratuais, seja qual for a causa, conduziria, nos termos da súmula em exame, à responsabilidade subsidiária, como deveria ter ocorrido na hipótese. À vista do exposto, reconheço contrariedade aos itens III e IV da Súmula nº 331/TST.” (Processo: RR - 297100-90.1996.5.15.5555 Data de Julgamento: 14/04/1999, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 11/06/1999.)

### 3.1. A subordinação como elemento caracterizar da terceirização ilegítima

O artigo 3º da CLT, conceitua *empregado*, como sendo o indivíduo que presta pessoalmente serviços a empregador, de forma onerosa e sob a dependência deste. E o seu artigo 2º, ao fixar o conceito de *empregador*, afirma que este dirige a prestação pessoal de serviços do empregado. A doutrina e a jurisprudência, à unanimidade, reconhecem como atributo essencial à configuração do vínculo de emprego a subordinação, que vem a ser justamente a reunião daqueles caracteres, isto é, a direção do trabalho do empregado pelo empregador e a dependência daquele em relação a este.

Por força desta subordinação direta o vínculo jurídico relevante para o Direito do Trabalho é aquele que gera o poder de comando do empregador em relação à atividade desenvolvida pelo empregado no curso do contrato de trabalho. Assim, a subordinação é o pressuposto, por excelência, que define a relação de emprego. Como bem assevera Rocheli Margota Kunzel<sup>8</sup>, em excelente trabalho acerca do elemento da subordinação:

“É através da presença desse elemento que se identificará o trabalhador tutelado pela CLT, diferenciando-o do trabalhador autônomo. É, portanto, essencial para o Direito do Trabalho, pois sendo decisiva para a afirmação da relação de emprego, constitui-se como chave de acesso aos direitos e garantias trabalhistas, os quais, em regra, são assegurados em sua plenitude apenas aos empregados.”

O que é essencial para a correta adequação do contrato de terceirização, partindo da conceituação legal de relação de emprego, é atentar-se para os aspectos fáticos da prestação de serviços, pois serão eles que irão determinar se há trabalho não subordinado lícito na relação jurídica estabelecida. Quanto à natureza jurídica, numa visão objetivista, Cairo Jr<sup>9</sup> explica que:

<sup>8</sup> KUNZEL, Rocheli Margota, *A subordinação estrutural como elemento definidor das atuais relações de emprego* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24593/a-subordinacao-estrutural-como-elemento-definidor-das-atuais-relacoes-de-emprego/1>

<sup>9</sup> CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho*. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2008, 199.

“a subordinação só pode ser explicada pelo seu caráter jurídico, pois tem origem em um contrato de trabalho, onde o empregado despoja-se de sua liberdade de execução dos serviços, transferindo para o empregador a propriedade do seu resultado”.

A subordinação clássica se perfaz, pois, a partir de uma relação de hierarquia que se forma do empregado para o empregador. É uma condição do empregado que vê limitada pelo empregador a sua liberdade de agir e decidir. Encontra-se em estado de subordinação o empregado que exerce as suas atribuições somente com autorização e partir dos comandos do seu empregador. “É o estado de sujeição volitiva do empregado, que em razão de um contrato de trabalho, coloca-se sob o poder diretivo do empregador, o qual dirige a sua força de trabalho, e em caso de descumprimento de alguma norma, poderá, inclusive, lhe aplicar sanções disciplinares.”<sup>10</sup>

Parte da doutrina<sup>11</sup> tem preferido usar uma expressão que considera mais atual para explicar a subordinação, levando em conta as relações de trabalho mais modernas, tais como o teletrabalho, os novos moldes da representação comercial e o *home office*, chamando de subordinação estrutural.

Tal conceito, que vem, encontrando respaldo na jurisprudência, considera que a subordinação não se explica apenas pelo recebimento de ordens diretas e fiscalização do tomador dos serviços, mas também quando o trabalhador desempenha atividades que são integradas à estrutura e à dinâmica organizacional da empresa, ao seu processo produtivo ou às suas atividades essenciais, mesmo não havendo a presença daqueles elementos da subordinação clássica. Nesse sentido, veja-se o precedente do Tribunal Superior do Trabalho:

“(…) 2. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. TERCEIRIZAÇÃO. CABIMENTO. ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO. SÚMULA 331 DO TST. INTERPRETAÇÃO DO ART. 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E DO ART. 94, INCISO II, DA LEI Nº 9.472/97. COMERCIALIZAÇÃO DE SERVIÇOS. INSERÇÃO NA ATIVIDADE-FIM EMPRESARIAL. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. 2.1. Resultado de bem-vinda evolução jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que veda a ‘contratação de trabalhadores por empresa interposta’, ‘formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços’, ressalvados os casos de trabalho temporário, vigilância, conservação e limpeza, bem como de ‘serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta’ (itens I e III). 2.2. O verbete delimita, exaustivamente, os casos em que se tolera terceirização em atividade-fim. 2.3. Em função uniformizadora, a Corte já definiu que o art. 25 da Lei nº 8.987/95 e o art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, veiculam normas de Direito Administrativo, que não podem deixar de receber interpretação ponderada em relação ao Direito do Trabalho (Processo-E-ED-RR-586341-05.1999.5.18.5555, Redator designado Min. Vieira de Mello Filho; Processo E-ED-RR-2938-3.2010.5.12.0016, Redator designado Min. José Roberto Freire Pimenta). 2.4. O cotejo entre esses preceitos de lei, de modo a emprestar-lhes incidência adequada a cada caso concreto, não desafia a Súmula Vinculante nº 10, como, em casos pertinentes, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal (...). 2.5. O consumidor somente terá acesso aos serviços contratados da empresa de telefonia, se previamente contratados. Trata-se de setor que viabiliza a atividade econômica e, assim, sustenta-a. 2.6. Tal constatação, de

<sup>10</sup> KUNZEL, *Op. Cit.*

<sup>11</sup> Dentre os autores que reconhecem a subordinação estruturada, veja-se: MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131; RAPASSI, Rinaldo Guedes. *Subordinação estrutural, terceirização e responsabilidade no direito do trabalho*. *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11123>>; DELGADO, Mauricio Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n2/1.pdf>. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 522

pronto, assimila-a à atividade-fim. 2.7. A vida contemporânea já não aceita o conceito monolítico de subordinação jurídica, calcado na submissão do empregado à direta influência do poder diretivo patronal. **Com efeito, aderem ao instituto a visão objetiva, caracterizada pelo atrelamento do trabalhador ao escopo empresarial, e a dimensão estrutural, pela qual há ‘a inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços’ (Maurício Godinho Delgado).** 2.8. Laborando na comercialização de serviços, como consultor de vendas, a favor da empresa de telecomunicações tomadora de serviços, o empregado se insere na relação jurídica a que aludem os arts. 2º e 3º da CLT, assim se fazendo impositiva a incidência da compreensão da Súmula 331, I, do TST. 2.9. Apelo que esbarra na trava imposta pelo art. 896, § 7º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (Processo: AIRR - 1056-38.2014.5.03.0109 Data de Julgamento: 08/06/2016, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016.) (grifo acrescentado)

A teoria da subordinação estrutural, em verdade, identifica que a terceirização incidiu na atividade-fim da organização. Da análise do precedente acima, verifica-se que a hipótese era de empresa do ramo de telefonia que terceirizou a venda de seus produtos — pacotes e planos de telefonia — e também atendimento a clientes da tomadora dos serviços. A Corte Superior do Trabalho entendeu que a atividade contratada se referia à atividade-fim da tomadora dos serviços, tendo o Relator assim se manifestado em seu voto, *verbis*:

“Nesse contexto, inexistente dúvida de que a contratação da Reclamante não objetivava a prestação de serviços verdadeiramente especializados, ligados à atividade-meio da tomadora de serviços, mas, sim, de autêntica atividade-fim, motivo pelo qual, de plano, não se pode ter como lícita a terceirização havida. Os serviços 'terceirizados' pela segunda Ré (e prestados pela Autora, sempre foram essenciais ao seu empreendimento, na sua notória condição de empresa de telecomunicações. Nesse contexto, embora 'terceirizada', a atividade desempenhada pela Reclamante era executada de acordo com o direcionamento e os interesses da TELEFÔNICA).”

Todavia, essa caracterização pode estar com os dias contados em virtude de ficar pacificada a possibilidade de serem submetidas à terceirização as atividades-fim das tomadoras de serviço. Ora, se a transferência para terceiros de tais atividades é considerada ilegal, contrariando a Súmula 331 do TST, a partir do momento em que tal trespasse ingressar positivamente no ordenamento jurídico, não mais será considerada ilegítima a terceirização nesses moldes.

Porém, há ainda uma discussão na doutrina e na jurisprudência acerca da Lei 13.429/17 que, em princípio teria passado a admitir a terceirização nas atividades-fim das tomadoras de serviço, considerando o texto do ar. 4-A, § 2º, que dispõe no sentido de que “não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante”. Para alguns autores, o texto não possibilitou a extensão das atividades passíveis de terceirização para aquelas relacionadas diretamente aos objetivos institucionais da tomadora de serviços, posto que não dito de forma expressa, como o fez com as relações de contrato temporário<sup>12</sup>. Tal questão será enfrentada e decidida por ocasião do julgamento do recurso Extraordinário no. 958.252 no Supremo Tribunal Federal.

Por lado outro, o Projeto de Lei 6.787/16, da Câmara dos Deputados, que trata da reforma trabalhista, atualmente em trâmite no Senado Federal, poderá colocar um ponto decisivo na terceirização das atividades-fim, pois a proposta abrange a alteração do novo texto da lei 6.019/74 para permitir a terceirização não temporária, pela empresa contratante, de “quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal”. Em sendo aprovado o projeto e sancionada a lei

<sup>12</sup> A redação do art. 9º, § 3º, Lei. no. 6.019/74, passou a ter a seguinte redação: O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços (grifei)



nesses termos, a controvérsia tende a desaparecer, provocando uma drástica diminuição dos casos de subordinação estrutural, pois, casos como o acima colacionado, deixarão de ser considerados como terceirização ilegal.

### 3.2. A personalidade como elemento caracterizador da terceirização ilegítima

A personalidade é o elemento inerente à pessoa do empregado. Decorre do fato de que o contrato de trabalho é *intuitu personae*, pressupondo que o trabalho somente pode ser feito pela pessoa que foi contratada pelo empregador.

A marca da personalidade se percebe já no momento da contratação, pois a escolha do empregador recai na pessoa do empregado em razão de suas características pessoais, tais como experiência profissional, formação acadêmica, perfil comportamental, e, principalmente, por características de ordem subjetivas, que variam de pessoa para pessoa e que, por isso mesmo, não podem ser repetidas com precisão, por exemplo, capacidade de liderança, comunicabilidade, capacidade de trabalhar em grupo, comprometimento. O empregador, com olhos postos em tais características, decide que aquele indivíduo, e somente ele, é o mais indicado à realização das tarefas a serem desenvolvidas. Existe, portanto, no conceito de personalidade, conforme leciona Luciano Martinez<sup>13</sup>, “a ideia de intransferibilidade, ou seja, de que somente uma específica pessoa física, e nenhuma outra em seu lugar, pode prestar o serviço contratado”.

Quanto à caracterização do elemento da personalidade, a jurisprudência do TST é pacífica no sentido de que seu traço marcante reside na inviabilidade de substituição do escolhido para a execução das tarefas (empregado) por outrem. Do seu repositório, veja-se o precedente abaixo:

“Para o reconhecimento do liame empregatício entre as partes, necessária se faz a presença dos requisitos estabelecidos nos artigos 2º e 3º do Texto Consolidado, que assim dispõem: ‘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 serviços.’ ‘Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não-eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.’ Dessas definições legais emergem os critérios para a caracterização da relação de emprego, cujos elementos são os seguintes: trabalho prestado por pessoa física; personalidade (relação jurídica “*intuitu personae*” com relação ao empregado), não-eventualidade dos serviços prestados, devendo terem os mesmos um caráter de permanência, não se qualificando como trabalho esporádico; onerosidade, pela qual à prestação de trabalho há de corresponder uma contraprestação específica, consubstanciada nas verbas salariais; e subordinação, que consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho pela qual o empregado deve acolher o poder de direção do empregador no modo de realização de sua obrigação de fazer. Nos presentes autos, resta evidente a existência de todos os pressupostos configuradores do vínculo empregatício, ao contrário do aduzido pela recorrente. A personalidade torna-se clara quando analisados os depoimentos das testemunhas. O Sr. Marinho, testemunha da reclamada, afirma às fls. 251/252 que: ‘...a mão de obra executada pela pessoa treinada, no caso o reclamante, era especializada, motivo pelo qual dificilmente poderia se fazer substituir por um terceiro...’. O reclamante também não podia colocar, por conta própria, um substituto para prestar serviço em seu lugar quando eventualmente estivesse impossibilitado, sendo tal substituição realizada pela própria reclamada, que escalava outra empresa prestadora de serviço. (Processo: AIRR - 730984-05.2001.5.03.5555 Data de Julgamento: 29/08/2001, Relator Juiz Convocado: Aloysio Silva Corrêa da Veiga, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 14/09/2001.)

<sup>13</sup> MARTINEZ, Luciano. *Op. Cit.*, p. 126.

Em sentido oposto, também é mansa e pacífica a jurisprudência quanto ao fato de que se o indivíduo contratado puder ser substituído por qualquer outro, ainda que dependendo da reunião de certas habilidades e conhecimentos, não estaria presente a pessoalidade na relação jurídica:

“VÍNCULO EMPREGATÍCIO - PESSOALIDADE - A configuração do vínculo de emprego exige a tipificação de todos os requisitos do art. 3º da CLT. Havendo prova de que o interessado poderia ser substituído por outra pessoa, fica descaracterizado o vínculo de emprego pela falta da pessoalidade.” (TRT 15ª R. - Proc. 27515/03 - (2053/04) - 2ª T. - Rel. Juiz José Pitas - DOESP 06.02.2004 - p. 60).

“VÍNCULO EMPREGATÍCIO AUSÊNCIA DE PESSOALIDADE - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - A prestação de serviços com o concurso de terceiros, afasta a pessoalidade, requisito essencial do contrato de trabalho. (TRT 15ª R. - RO 14958/2000 - Rel. Juiz Luiz Antônio Lazarim - DOESP 28.01.2002).

Nesse ponto, cabe um apontamento a respeito da contratação de serviços de natureza singular pela Administração Pública (art.25, II, c/c § 1º da L. 8.666/1993). É que constitui requisito necessário à legalidade de tais contratações, a escolha do executor recair em um profissional considerado notório especialista. O dispositivo acima indicado traz a seguinte definição para o conceito de *notória especialização*:

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A referida indicação, envolve um direcionamento feito a partir da escolha direta pelo Gestor, que aponta o executor do serviço a partir de seus critérios personalíssimos de conveniência e oportunidade, conforme pacificado pela doutrina. Na lição de Eros Roberto Grau<sup>14</sup>:

“Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente ('é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'), **aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança**. Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.” (grifamos)

Em relação a essa afirmação, encontramos as palavras de Jacoby Fernandes<sup>15</sup>, *in verbis*

“Portanto, **cabe ao administrador avaliar se determinado profissional é ou não notório especialista no objeto singular demandado pela entidade**, baseando-se, para tal julgamento, no desempenho anterior do candidato e nas demais características previstas no § 1º do art. 25 da Lei de Licitações. **Quem, senão o administrador, poderá dizer se determinado instrutor é 'essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'**, (...) Apenas ele, mediante motivação em que relacione as razões da escolha, poderá identificar no professor ou na empresa contratada os

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto, in *Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77*

<sup>15</sup> FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*, Brasília Jurídica, 1ª ed., 1995, pág. 306

requisitos essenciais impostos pelas particularidades do treinamento pretendido. (grifo acrescentado)

É, finalmente, idêntica a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>16</sup>, que, com a habitual precisão, esclarece que:

“É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado — a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria — recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente *mais indicados do que os de outros*, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso. Há, pois, nisto, também um componente inelimitável por parte de quem contrata.”

Do exposto decorre que nessas hipóteses, o elemento da personalidade é intrínseco e imanente à contratação, pois o Gestor, considerando os atributos pessoais do executor, nele enxerga tratar-se do indivíduo indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto. Trata-se de uma escolha pautada na confiança pessoal que o Gestor nutre pelo escolhido. Daí ser forçoso também concluir que o escolhido não teria liberdade de fazer-se substituir na execução do serviço. E assim considerando, poder-se-ia cogitar da violação ao art. 4º, *in fine* da IN 05/2017/MPDG, quando da contratação de serviços singulares com notórios especialistas, o que não seria verdade.

Exatamente como já foi explicado acima, é a presença de ambos os elementos constantes do citado dispositivo — personalidade e subordinação — que caracteriza o vínculo empregatício, conseqüentemente, a terceirização ilegal. A despeito de a escolha do notório especialista ser, de fato, pessoal, não há, em regra, a presença da subordinação, pois tais serviços, que são prestados de forma predominantemente intelectual, são executados com autonomia pelo indivíduo contratado, e não sob a direção ou comando do tomador do serviço. Na contratação de um treinamento, ainda que o tomador indique as diretrizes principais (conteúdo programático e metodologia), as aulas são executadas a partir do sentir pessoal do instrutor e da sua particular forma de apresentação do conteúdo e de condução de grupos. Em uma consultoria para mapeamento de conhecimento, o consultor escolhido apontará as mudanças e readaptações no quadro da organização segundo técnica própria, aperfeiçoada ao longo do tempo com base na sua experiência, ou seja, será seu “olho clínico” o determinante para a consecução do resultado de sua atividade, o que afasta qualquer possibilidade de subordinação.

Não havendo subordinação, não há que se falar em contratação irregular, mesmo que presente a personalidade.

### 3.3. Situações a serem evitadas no planejamento e na formalização do contrato

O art. 5º da IN 05/2017/MPDG veda à Administração contratante praticar atos de ingerência na administração da contratada. Em seguida, seus incisos oferecem um rol exemplificativo de atos que estariam inseridos nessa vedação:

Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

I - possibilitar ou dar causa a atos de subordinação, vinculação hierárquica, prestação de contas, aplicação de sanção e supervisão direta sobre os empregados da contratada;

II - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever a notificação direta para a execução das tarefas previamente

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 507.

descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, tais como nos serviços de recepção, apoio administrativo ou ao usuário;

III - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

IV - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado;

V - considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens;

VI - definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior à daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; e

VII - conceder aos trabalhadores da contratada direitos típicos de servidores públicos, tais como recesso, ponto facultativo, dentre outros.

A olhos vistos percebe-se que os incisos do art. 5º cumprem a finalidade de afastar da execução qualquer ato que possa caracterizar o contrato de terceirização como contratação *por interposta pessoa*. No planejamento e na formalização do contrato, alguns cuidados são essenciais a esse desiderato.

### **Estabelecimento das categorias profissionais e transferência do empregado de uma categoria para outra superior**

Quando for hipótese de contratação com mão de obra dedicada exclusivamente ao tomado de serviços, não poderão ser relacionadas categorias em grau de escalonamento vertical, por exemplo, *Assistente Administrativo I, Assistente Administrativo II, Assistente Administrativo III*. Essa forma de encadear as categorias do contrato sugere a possibilidade de promoção e, sem dúvida, gera, nos empregados, essa expectativa. Nenhum óbice, entretanto, haverá caso o Termo de Referência estabeleça categorias profissionais distintas a partir da nomenclatura *Júnior, Pleno e Sênior*, conquanto representarem categorias específicas e não escalonadas, desde que se deem em categorias cujo mercado usualmente adota tais nomenclaturas.

Apesar de ser uma prática nociva, muitos órgãos acabam “dando promoção” a empregados da empresa terceirizada, fazendo com que o ocupante do posto de serviço seja demitido da função e imediatamente ser recontratado no “cargo superior”, o que nitidamente configura uma promoção por via oblíqua.

Nos contratos de terceirização, não é cabível o procedimento da promoção do ocupante do posto de trabalho, porquanto conformar um ato de ingerência direta nos quadros da empresa. Ademais disso, é ínsito da decisão que concede progressão na carreira a um empregado, os elementos da subordinação, na forma clássica e da personalidade. Faz parte da natureza da terceirização a contratação de serviços específicos, em que os colaboradores terceirizados produzem o resultado demandado no contrato. Por isso mesmo, não faz sentido algum conceder progressão em carreira, mesmo porque, não há carreira no serviço terceirizado. Claro, os empregados da empresa, dentro da sua organização poderão eventualmente ser alvo de promoção, por exemplo, sendo atraído para fora do contrato com o tomador de serviços e integrando o quadro da própria empresa e assumindo funções gerenciais.

### **Supervisão direta: controle do ponto**

A questão da supervisão direta nos empregados da contratada deve ser tratada no contrato (em geral essa disposição se encontra no Termo de Referência) de modo que se caracterize como ato

de fiscalização da execução dos serviços. Deve ficar claro no contrato, por exemplo, que o controle do ponto será meio para o fiscal medir a fatura, exclusivamente. Não será o fiscal o responsável por advertir o empregado da contratada nos casos de impontualidade ou inassiduidade. Ora, se o contrato utiliza mão de obra dedicada, caso um empregado falte ao posto de trabalho, o fiscal terá de verificar na fatura se aquele dia de falta está ou não sendo cobrado da Administração. Se a falta for justificada (licença médica, comparecimento em audiência judicial) a justificativa deve ser apresentada pelo empregado diretamente na empresa prestadora dos serviços, nunca ao Fiscal do contrato. Será a empresa que, ao apresentar a fatura, justificará as eventuais variações de medição. Essa verificação só pode ser feita a partir do controle do ponto dos empregados.

### **Desvio de funções transferência de lotação do posto de trabalho**

O inciso IV, do art. 5º da instrução normativa em comento é expresso no sentido de não ser autorizado promover desvios de função dos empregados alocados no contrato. O desvio de função revela dois problemas.

O primeiro é que se o contrato prevê uma função, com atribuições próprias e determinadas, o desvio do ocupante desse posto, gera a presunção de que o posto de trabalho original constituiu despesa desnecessária, logo, um ato antieconômico. O segundo, e mais grave, é que se há um desvio de função, ele somente pode ter se dado em razão da personalidade na execução dos serviços.

Todavia, não se pode confundir desvio de função com remanejamento de postos de trabalho. O desvio de função ocorre quando o empregado é contratado para exercer uma determinada função, mas exerce outra diferente daquela para a qual ele foi contratado. Para determinadas atividades, a distribuição dos postos de trabalho precisa ser flexibilizada. Em um contrato de *serviços de copeiragem*, no qual as categorias de copeiro e encarregado estão distribuídas por vários andares do prédio, a realização de um grande evento pode exigir que o fiscal, visando atender o nível de qualidade e desempenho dos serviços, veja a necessidade de remanejar temporariamente alguns postos de trabalho para concentrá-los no local onde será realizado o evento. Outro exemplo seria o caso da inauguração de um novo pavimento de exposições em um museu, que criaria a necessidade gerencial de redistribuir os postos de vigilância e recepção. Essas circunstâncias não configuram o desvio de função vedado na norma regulamentar.

Ainda dentro desse campo há o problema da modificação da “lotação” do terceirizado a pedido do responsável pelo setor onde se acha o posto de trabalho. Seria o caso de um *Auxiliar Administrativo* terceirizado, cujo posto de trabalho fica localizado na Gerência de Licitações e Contratos que é transferido por ordem do respectivo Gerente quando este é também transferido para assumir outra função em outro setor. Se o Gerente “carrega” o *Auxiliar* para onde quer que vá também a sua lotação, claro estará que a relação de um com o outro é de personalidade, prática ainda comum, mas que precisa ser evitada.

Também não se pode deixar de lado a abusiva prática ainda verificada em muitos órgãos aquele em que agentes ou autoridades do tomador de serviços se utilizam da mão de obra terceirizada para realização de serviços particulares (serviços bancários, compra em farmácias e mercados, serviços em cartórios). A uma, porque tal agir caracteriza ato de improbidade administrativa<sup>17</sup>; a duas, porque essa conduta é típica da relação de subordinação, além de configurar desvio de função.

---

<sup>17</sup> Lei no. 8.429/1992, art. 10, inciso XIII: Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

### **Indicação das pessoas que deverão ocupar os postos de trabalho**

O inciso III proíbe que o órgão contratante faça o direcionamento das pessoas que deverão ser alocadas no contrato. Trata-se de uma recomendação fundamental para evitar justamente a ocorrência da relação de pessoalidade.

Claro que se o gestor do tomador de serviços indica um dado indivíduo para ocupar um posto de trabalho do contrato, em princípio, está-se revelando a forma mais direta de relação de pessoalidade, porquanto seria ele próprio o detentor da escolha do profissional que ocupará o posto de trabalho. Assim como foi dito no item 3.2 supra, a escolha do empregado pelo empregador conduz à presunção de que somente aquele escolhido é o adequado à perfeita execução das tarefas que serão entregues sob sua responsabilidade. Sendo assim, a vedação ora tratada visa coibir o estabelecimento da relação de pessoalidade e subordinação entre o tomador e o empregado, bem como não incidir em ingerência do tomador do serviço da gestão da empresa. Mas é preciso temperar um pouco essa vedação, a fim de alcançarmos o verdadeiro sentido da mesma e não obstar atos de gestão do contrato que podem caminhar no sentido da melhor eficiência.

O que a norma pretende é não permitir, como dito acima, que o órgão contratante adote medidas que representem tomada de decisões gerenciais da empresa. Afinal, escolher os seus empregados representa uma grande invasão externa na seara da gestão empresarial. Ao mesmo tempo, é cláusula padrão em contratos de terceirização com uso de mão de obra dedicada, que constitui dever da empresa contratada selecionar, no mercado de trabalho, profissionais que atendam ao perfil profissiográfico estabelecido pela Administração contratante, de modo que a prestação dos serviços seja realizada nos níveis de qualidade e desempenho desejados.

Considerando essas nuances, e ainda em razão de que é corriqueiro, notadamente, nos contratos de serviços continuados, uma empresa substituir a anterior em virtude de sagrar-se vencedora de nova licitação realizada por esgotamento do prazo de vigência do contrato anterior. Nesses casos, não há qualquer problema o fiscal indicar as pessoas que já se encontram ocupando os postos de serviço, justamente pelo fato de que já seria do conhecimento da fiscalização que tais empregados preenchem perfeitamente o perfil desejado, além de já estarem adaptados com as atividades e com o ambiente organizacional. As vantagens de se aproveitar a mão de obra do contrato anterior são latentes, principalmente levando em consideração o custo administrativo da desmobilização e nova mobilização. Dependendo do escopo do contrato, esse custo pode ser mesmo insuportável. Imaginemos um contrato de telefonia em que novas ocupantes dos postos de trabalho (telefonistas) substituem todas as anteriores ocupantes. É claro que aqueles ocupantes recém chegados terão muito mais dificuldade e levarão certo tempo para se adaptarem ao órgão, conhecer os setores e departamentos e autoridades. Não raro, o atendimento depende da sensibilidade da profissional em “interpretar” o que o usuário pretende ou qual o setor ou agente que seria competente para resolver a demanda do usuário.

O que não será permitido é obrigar a empresa a contratar este ou aquele indivíduo (como era useiro e vezeiro em tempos idos). A decisão de aceitar a “sugestão” da fiscalização permanece com a empresa, que poderá optar por selecionar outros profissionais no mercado. Pode ser, por exemplo, que o empregado do contrato anterior não se encaixe no perfil desejado pela empresa. Afinal, não se pode perder de vista que o empregado não é do tomador, mas da empresa contratada. Portanto, não será, muitas vezes, suficiente que o profissional se encaixe no perfil traçado no Termo de Referência, mas também no perfil e diretrizes da empresa contratada.

#### **3.4. Situações a serem evitadas ao longo da execução do contrato**

Já no trato do dia a dia da execução dos serviços, as relações interpessoais dos empregados da terceirizada e os servidores, gestores e demais agentes do órgão também deve ser cuidadosa, sempre no intuito de evitar-se a criação de uma relação de subordinação e pessoalidade. Competirá ao Fiscal do contrato zelar para que essas relações não se inclinem na direção errada. Partindo das vedações arroladas nos incisos do artigo supratranscrito, podemos apontar alguns

erros comuns que se cometem na gestão dos contratos de terceirização nesse campo. Senão vejamos.

### **Liberação do uso de uniformes, crachás e EPIs pelo tomador**

Se consta do contrato (ou do TR) a obrigatoriedade de os empregados estarem identificados por uniforme e/ou crachás, não poderá o Fiscal ou qualquer outro agente “liberar” os terceirizados de usá-los. Além de quebra de cláusula contratual, que impõe custo para a Administração, o fato de o agente público oferecer essa liberalidade encerra, em si, um ato de subordinação. A dispensa do uso de EPIs é mais grave, porque infringe normas de segurança do trabalho, cuja punição será estendida para o tomador dos serviços.

Caso o próprio empregado terceirizado deixe de usar tais itens, a fiscalização deverá sinalizar essa falta ao preposto da empresa, que tomara as medidas necessárias e que reputar convenientes ao cumprimento do contrato. Na insistência da falta (dessa ou de qualquer outra cometida pelo empregado), a empresa deverá ser notificada pela fiscalização e poderá sofrer sanções administrativas.

### **Supervisão direta: controle do comportamento dos empregados**

Outro ponto é a supervisão direta do Fiscal ou outros agentes da Administração acerca do comportamento dos empregados terceirizados no dia a dia das suas atividades.

Configura, sem sombra de dúvida, relação de subordinação, o ato de correção feita pelo representante do tomador de serviços em virtude de um comportamento tido por inadequado pelo tomador. Afinal, aplicar advertências, mesmo verbais, “chamar a atenção” ou outro tipo de intervenção incisiva é a mais pura expressão, nas relações de emprego, de preponderância hierárquica. E nos contratos de terceirização, não há relação de hierarquia entre os empregados da contratada e o tomador dos serviços.

Lógico que a fiscalização do contrato deve ficar atenta às atitudes dos empregados da contratada, pois o mesmo representa, em boa medida, o nível de qualidade e desempenho da execução, mormente nos contratos em que a mão de obra é a principal responsável pela qualidade da execução (recepção, telefonia, condução de elevadores). Se em um posto de trabalho de recepção, a recepcionista ocupante atende de forma grosseira ou ríspida os usuários, essa condição precisa de gerenciamento. Todavia, não o será da forma acima, com atuação direta do fiscal sobre a empregada. Caberá ao fiscal notificar a empresa sobre os problemas apontados, solicitando providências. Tal providência será tomada ao nuto da própria empresa, que responderá por leniência no caso de os problemas persistirem. Não é dado ao fiscal, salvo em circunstâncias graves e excepcionalíssimas, exigir a substituição do ocupante do posto de trabalho, justamente por representar ingerência na administração da empresa.

### **Supervisão direta: autorização para escala de férias**

Esse problema somente surge nos contratos com emprego de mão de obra dedicada e o seu tratamento que a fiscalização deverá impor sobre a escala de férias dependerá de como o contrato foi redigido: se com ou sem substituição de posto de trabalho.

Se o contrato prever a substituição do posto de trabalho nas ausências, o que inclui as férias, a fiscalização não poderá cometer qualquer ingerência na escala, justamente porque não importará quem e quando irá se ausentar, partindo do pressuposto segundo o qual a substituição se dará com mão de obra igualmente adequada ao perfil.

No entanto, se o contrato não contiver previsão de substituição de posto de trabalho, a fiscalização poderá exercer controle na escala de férias de maneira que se mantenha a equipe mínima necessária à manutenção do nível de qualidade e desempenho. Nesses casos, e somente neles, o fiscal poderá desautorizar a escala de férias proposta para a empresa. Mas em hipótese alguma,

poderá o Fiscal determinar quem e qual mês será destinado a ausentar-se de férias, por representar, a um só tempo, ato de subordinação e pessoalidade.

### **3.5. A delicada questão da fixação dos salários dos empregados terceirizados**

O inciso VI carrega norma cujo teor merece especial atenção. Nele consta que será vedado definir o valor dos salários dos trabalhadores. Mas abre uma ressalva para hipóteses excepcionais a dependerem de justificativas nos autos.

Trata-se de uma bem-vinda evolução em relação à IN 02/2008/MPOG. Em seu texto original, consta do artigo 20 a seguinte redação: “É vedado à Administração fixar nos instrumentos convocatórios: (...) II – os salários das categorias ou dos profissionais que serão disponibilizados para a execução do serviço pela contratada.”

Todavia, em virtude do entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União em vários precedentes, no sentido que não era correto vedar de forma generalizada a fixação de salários das categorias profissionais em contratos com mão de obra dedicada<sup>18</sup>, o Ministério do Planejamento editou a IN 03/2009, revogando aquela vedação. Ao revoga-la, sem qualquer ressalva, passou a autorizar a fixação de salários acima dos pisos mínimos das respectivas categorias de forma indistinta.

Na série de artigos publicados nas Orientações Preventivas Especiais sobre a atividade de pesquisa de preços<sup>19</sup>, tive oportunidade de defender a tese, até aquela época muito resistida, da possibilidade de fixação dos salários das categorias profissionais em contratos com emprego de mão de obra dedicada, explicitando as razões gerenciais e jurídicas para tal posicionamento e fixando as hipóteses e respectivos limites.

Naquela oportunidade, alertei para o fato de que, em tais contratos, o principal componente de custo, tanto do ponto de vista financeiro, como sob o olhar gerencial, é o salário que deverá ser pago ao empregado. Isto porque, a um só tempo, tal componente corresponde (na esmagadora maioria dos contratos) ao principal elemento de custo, como também, pela sua enorme influência na seleção dos ocupantes dos postos de serviço de acordo com o perfil profissiográfico desejado, e, via de consequência, na qualidade final do serviço oferecido. Pois bem. Esse entendimento se reforça com o novel texto normativo, que agora melhor se coaduna com a jurisprudência do TCU.

Assim, reforçando a ideia, encontra autorizado pela norma o estabelecimento do valor da remuneração que deverá ser paga aos empregados das empresas, acima do piso mínimo da respectiva categoria, desde que explicitadas as razões pelas quais tal fixação é necessária para a obtenção do nível de qualidade e desempenho. Vale essa autorização tanto para a verba salarial, como para o valor correspondente ao auxílio alimentação, por possuírem a mesma natureza alimentar.

Uma vez fixado o valor, o mesmo deverá ser considerado como critério de aceitabilidade de propostas nas licitações, e em caso de descumprimento, provocará a sua desclassificação.

---

<sup>18</sup> TCU, Acórdão (paradigma) 614/2008, Plenário: “Diante desse contexto, sob a égide do § 3º do art. 44 da Lei de Licitações, considero não ser pertinente vedar, de forma generalizada, a fixação de pisos salariais em editais de licitação de execução indireta de serviços. Na contratação de mão-de-obra terceirizada pela Administração Pública, há que se considerar dois aspectos: a obrigatoriedade de adoção dos pisos salariais definidos em pactos laborais e a possibilidade de serem estipulados valores mínimos de remuneração com base em pesquisas de mercado calcadas em dados fidedignos obtidos junto a associações e sindicatos de cada categoria profissional e com base em informações divulgadas por outros órgãos públicos. Em cada caso concreto é que se poderá aferir se essa fixação de pisos salariais nas licitações de execução indireta de serviços pagos por disponibilidade ou baseados na locação de postos de trabalho configura-se na melhor solução para resguardar o interesse público.” No mesmo sentido: Acórdão 332/2010, Plenário; Acórdão 189/2011 – Plenário, o Acórdão 1141/2011 - Primeira Câmara e o Acórdão 3894/2011 - Segunda Câmara.

<sup>19</sup> FAZER A REFERÊNCIA E INSERIR LINK DO TEXTO QUE TRATA DA FIXAÇÃO DE SALÁRIOS NAS PLANILHAS DE CUSTO



### 3.6. Aplicabilidade da Súmula 331 do TST nos contratos celebrados pelas entidades do Sistema 'S'

A despeito de a Súmula 331 do TST ter assentado que “a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, mais delicada é a questão das relações de terceirização que afetam as entidades que compõe o Serviço Social Autônomo, o chamado Sistema ‘S’.

Não há discrepância na doutrina e na jurisprudência de que as entidades do Sistema ‘S’, muito embora dotadas de personalidade jurídica de direito privado, estão submetidas, tais quais os órgãos da Administração Pública direta e indireta, ao princípio do *dever geral de licitar*, nos termos do art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988, ainda que a partir de seus regulamentos próprios, que devem estar pautados nos princípios gerais aplicáveis à Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF)<sup>20</sup>.

E assim o é pelo fato de tais organismos gerirem recursos decorrentes de contribuições parafiscais, de desempenharem atividades de natureza pública no interesse das categorias profissionais que representam e de possuírem inúmeros privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público. Tanto que também estão obrigadas a prestar contas ao Tribunal de contas da União<sup>21</sup>. Contudo, o mesmo não se diz a respeito do princípio do concurso público, disposto no art. 37, inc. II da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário no. 789.874, deliberou, à unanimidade, que as entidades que compõe os serviços sociais autônomos não são obrigadas a contratar pessoal por via concurso público, restando assim ementada a decisão:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA “S”. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE. NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF).

1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema “S”, vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho –SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

Em seu voto, o relator, Min. Teori Zavascki, argumentou que as entidades de serviços sociais autônomos não podem ser confundidas com outras criadas em 1988, financiadas majoritariamente pelo Orçamento da União e obrigadas a gerir seus recursos conforme termos definidos pelo Executivo. Defendeu que a forma de financiamento e o regime de controle a que se

<sup>20</sup> TCU, **Decisão Plenária no. 90/1997**.

<sup>21</sup> VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Aspectos polêmicos do regulamento de licitações e contratos do Sistema ‘S’**. Coluna Jurídica JML, 2013. Disponível em: [https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?palavra\\_chave=aspectos+pol%EAmicos&area=coluna-juridica](https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?palavra_chave=aspectos+pol%EAmicos&area=coluna-juridica)

sujeitam tais entidades, vinculado e financiado por um segmento produtivo, “permite inegável autonomia administrativa, com receitas próprias e prerrogativa de autogestão de seus recursos”.

Sendo assim e lembrando que o único fundamento por meio do qual não se aplica a vinculação de empregados terceirizados aos quadros dos órgãos da Administração Pública mesmo que a contratação tenha sido considerada irregular (*locação* de mão de obra) é a obrigatoriedade de promoção de concurso público de provas ou provas e títulos para preenchimento de cargo público, com assento no art. 37, II da CF, em razão da reconhecida inaplicabilidade deste comando às entidades do Sistema ‘S’, o também inc. II da Súmula 331, do TST, penso, não as alcançarem.

Portanto, caso uma entidade do Serviço Social Autônomo venha a promover contratação irregular de mão de obra por interposta pessoa (terceirização irregular), aplicar-se-á os efeitos do inciso I do verbete sumular suso citado, ou seja, os empregados terceirizados acabarão por formar vínculo empregatício com as entidades tomadoras do serviço. Daí surgir com maior importância a necessidade de melhor adequação e especial atenção de tais entidades à forma de contratar serviços terceirizados.

Quanto ao inciso IV do verbete sumular 331/TST, ou seja, quanto à responsabilidade subsidiária, parece não haver dúvida da sua incidência nos contratos das entidades do Sistema ‘S’. Tanto o Tribunal de Contas da União, como o Tribunal Superior do Trabalho concordam que tais entidades, a despeito da reconhecida natureza jurídica de direito privado e não submissão aos ditames da Lei. 8.666/1993, pacificaram entendimento segundo o qual, na hipótese de falta de pagamento das verbas salariais e previdenciárias da prestadora dos serviços gera sua responsabilidade subsidiária, sem necessidade de demonstração de culpa (responsabilidade objetiva). Veja-se os precedentes abaixo, à guisa de ilustração.

No Tribunal de Contas da União:

“[ACÓRDÃO]

1.5. Determinações:

1.5.1. ao Serviço Social do Comércio - Administração Regional no Acre, que **nas próximas licitações e contratos que envolvam obras, passe a exigir da contratada que observe rigorosamente a legislação de segurança do trabalho, especialmente no que tange à obrigatoriedade da utilização dos EPI's pelos trabalhadores envolvidos na obra, bem como a fiscalize o seu cumprimento durante a execução do contrato, de forma a evitar a responsabilização subsidiária preconizada pelo Enunciado/TST nº 331, em caso de demanda trabalhista;**

1.5.2. à Controladoria-Geral da União que, no exame da prestação de contas do Serviço Social do Comércio - Administração Regional no Acre do próximo exercício financeiro, pronuncie-se acerca do cumprimento da determinação contida no item 1.5.1. supra;

1.5.3. encaminhar à Delegacia Regional do Trabalho no Acre a denúncia veiculada na edição de 19/02/2009 do jornal ‘A Gazeta’, relativa ao relacionamento entre a empresa Destak Construção Civil Ltda (CNPJ 01.832.327/0001-92) e seus funcionários.”<sup>22</sup> (grifou-se)

“[ACÓRDÃO]

1.8. Determinações/Recomendações/Orientações:

---

<sup>22</sup> TCU. Acórdão 26/2010. Segunda Câmara.

1.8.1. recomendar ao Serviço Social do Comércio - Administração Regional no Estado do Rio Grande do Sul (Sesc/RS) para que fiscalize o cumprimento das obrigações contratuais e legais de cada prestadora de serviço contratada na condição de empregadora, com vistas a evitar a responsabilização subsidiária em relação a eventuais inadimplementos das obrigações trabalhistas, com fulcro na Súmula 331 do TST.”<sup>23</sup> (grifou-se)

No Tribunal Superior do Trabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO DO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE. RECURSO DE REVISTA. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. 2. APLICAÇÃO DAS NORMAS COLETIVAS. 3. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS. ENTIDADES NÃO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INAPLICABILIDADE DO ITEM V DA SÚMULA 331/TST. APLICAÇÃO DA SÚMULA 331, IV/TST. É entendimento desta Corte que os serviços sociais autônomos são entidades paraestatais, não integrando a Administração Pública, em que pese serem passíveis de fiscalização pelo TCU quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, conforme precedentes. Nesse sentido, não lhes é aplicável o item V da Súmula 331/TST, inserido em face do entendimento fixado pelo STF na ADC 16-DF, dirigida aos entes integrantes da Administração Direta e Indireta, o que não é a hipótese dos autos, em que o ente tomador de serviços é o SEBRAE. Nesse norte, 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. Assim, a Súmula 331, IV/TST, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços, tem o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favoreça indevidamente àquele que já foi beneficiário do trabalho perpetrado. Realiza, ainda, de forma implícita, o preceito isonômico, consubstanciado no art. 5º, *caput*, *ab initio*, e I, da CF, não ferindo, por isso, em nenhum momento, a ordem jurídica vigente. De qualquer forma, é oportuno o registro de que, ainda que se entendesse aplicável ao tomador de serviços o entendimento firmado pelo STF na decisão proferida na ADC 16-DF, no caso concreto, o Regional foi explícito em assentar que o SEBRAE teve comportamento omissivo e irregular ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas, emergindo, portanto, a sua conduta culposa de que trata o item V da Súmula 331/TST.” Agravo de instrumento desprovido. (AIRR 1591-95.2011.5.10.0005, julg.: 11/03/2015, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado)

“RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. I. A Corte Regional manteve a sentença em que se imputou ao segundo Reclamado (SESI) a responsabilidade subsidiária no pagamento das verbas trabalhistas deferidas ao Reclamante. Entendeu que o Recorrente é “subsidiariamente responsável pelos ônus decorrentes da presente lide, sendo inquestionável que se locupletou das atividades e da força de trabalho do reclamante e de outros tantos empregados da primeira reclamada em proveito próprio”. Acrescentou que “haverá responsabilidade subsidiária independentemente de ficar evidenciada no caso concreto a conduta culposa da tomadora de serviços, posto que, esta possui dever de fiscalização em relação à prestadora de serviços, sob pena de incorrer em culpa in eligendo e culpa in vigilando, integrando a certidão de julgamento as razões de assim decidir”. II. O segundo Reclamado (SESI) pleiteia a

<sup>23</sup> TCU. Acórdão 1294/2013. Plenário.

reforma do acórdão regional, para afastar a responsabilidade subsidiária que lhe foi imposta no pagamento das verbas trabalhistas deferidas ao Reclamante. Argumenta que "o Recorrente, SESI, ainda que considerado entidade 'paraestatal', também está sujeito à lei 8.666, exatamente por se manter fundamentalmente por recursos públicos, sendo inclusive fiscalizado/auditado pela CGU e pelo TCU, pelo que, só seria subsidiariamente responsável caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações)". Sucessivamente, caso mantida a condenação, requer a "limitação da responsabilidade subsidiária atribuída ao recorrente". III. Primeiramente, cumpre esclarecer que a presente demanda tramita sob o rito sumaríssimo, procedimento em que o recurso de revista é admitido apenas por (a) violação direta da Constituição Federal ou (b) contrariedade a Súmula deste Tribunal (art. 896, § 6º, da CLT e OJ/SBDI-1 nº 352 do TST). Assim, é inviável o prosseguimento do recurso de revista em face da indicação de violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, bem como de divergência jurisprudencial. IV. Os serviços sociais autônomos (como é o caso do Recorrente - SESI) não se incluem no rol de entes da Administração Pública direta e indireta. Assim, inaplicável ao caso o entendimento contido no item V da Súmula nº 331 do TST, porquanto o referido verbete sumular se destina aos "entes integrantes da Administração Pública direta e indireta". V. Ao determinar que o Recorrente é "subsidiariamente responsável pelos ônus decorrentes da presente lide, sendo inquestionável que se locupletou das atividades e da força de trabalho do reclamante e de outros tantos empregados da primeira reclamada em proveito próprio", o Tribunal Regional julgou a controvérsia de acordo com o entendimento contido no item IV da Súmula nº 331 do TST. Portanto, inviável o processamento do recurso de revista por indicação de contrariedade a esse Enunciado. VI. Relativamente ao pedido sucessivo, o Recorrente aponta ofensa ao art. 5º, II, da CF/88, sob o argumento de que não há previsão legal para a imputação da responsabilidade subsidiária. Entretanto, não há violação do referido preceito constitucional, pois a Súmula nº 331 do TST é fruto da interpretação de toda a legislação que disciplina a responsabilidade trabalhista do tomador de serviços na terceirização e expressa a jurisprudência consolidada desta Corte a respeito da matéria. Portanto, ao resolver a controvérsia com base na Súmula nº 331, IV, do TST, o Tribunal Regional decidiu com amparo no art. 8º da CLT, em que se reconhece expressamente a jurisprudência como fonte de direito. VII. Recurso de revista de que não se conhece." (TST-RR-1604-72.2011.5.03.0043, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, DEJT de 10.05.2013).

#### 4. 4. Conclusão

É inegável que a terceirização é uma excelente ferramenta de gestão, que veio modernizar as etapas produtivas das corporações, reduzindo seu custo, agregando valor ao produto e tornando as empresas mais competitivas, uma necessidade visceral em um cenário de contexto globalizado.

Na Administração Pública, em que pese não ser o lucro o objetivo a ser perseguido, a terceirização também oferece as mesmas vantagens operacionais, e, se não é o lucro o dividendo da utilização dessa ferramenta, o bem maior a ser atingido é a excelência, eficiência e eficácia dos serviços e produtos colocados à disposição da sociedade.

A redução de custos operacionais permite que o orçamento seja melhor utilizado e as despesas melhor distribuídas, com menos desperdício. A atuação de especialistas promove uma melhoria global na atividade do órgão tomador do serviço. Descentralizando a atividade estatal, o órgão pode se concentrar com maior dedicação à sua missão institucional. Consequentemente, passa-se a promover um compartilhamento de riscos com as empresas contratadas sobre as atividades que ao órgão tomador são secundárias e que não merecem toda a atenção que antes era dispensada.

Ao contrário do que possa parecer, o Ministério do Planejamento não pretende, por meio do novel normativo, desincentivar a contratação de serviços terceirizados. Bem ao contrário, todas as medidas aqui estudadas, somadas às demais que se referem ao planejamento e acompanhamento da execução, têm por escopo tão somente profissionalizar o mecanismo de contratação, ao mesmo passo que se resguardam direitos dos trabalhadores e salvaguarda os interesses da Administração.

\*Luiz Claudio Chaves é especialista em Direito Administrativo e professor da Escola Nacional de Serviços Urbanos-ENSUR e professor convidado da Fundação Getúlio Vargas e da PUC-Rio. Autor das obras *Curso Prático de Licitações-Os Segredos da Lei no. 8.666/93*, *Lumen Juris e Licitação Pública – Compra e Venda governamental Para Leigos*, *alta Books*. Ministra regularmente, em âmbito nacional, cursos sobre *Elaboração de Termos de Referência/Projetos Básico; Gestão e Fiscalização de Contratos e Gestão de Riscos nas Contratações Públicas*.