

**INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA
DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, INOVAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM GESTÃO PÚBLICA**

RHENAN WEBER BORGES VARELA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO À LUZ
DA SÚMULA Nº 331 DO TST**

**JOÃO PESSOA/PB
2016**

RHENAN WEBER BORGES VARELA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO À LUZ
DA SÚMULA Nº 331 DO TST**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pró-Reitoria de Pesquisa, Inovação e Pós-Graduação do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba, como exigência parcial para obtenção da titulação de Especialista em Gestão Pública.

Orientador (a): Professora Ms. Marileuza Fernandes Correia de Lima

Área de Concentração: Direito Administrativo/Direito do Trabalho

**JOÃO PESSOA/PB
2016**

Dados Internacionais de Catalogação
Biblioteca Nilo Peçanha – IFPB, *Campus* João Pessoa

V293r Varela, Rhenan Weber Borges.

Responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização à luz da súmula nº 331 do TST / Rhenan Weber Borges Varela. – João Pessoa: IFPB, 2016.

122f.

Monografia (Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Gestão Pública) – Pró-Reitoria de Pesquisa, Inovação e Pós-Graduação do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba – IFPB, 2016.

Orientação: Professora Ms. Marileuza Fernandes Correia de Lima

1. Responsabilidade subsidiária. 2. Administração Pública. 3. Súmula nº 331 do TST. 4. Terceirização. 5. Débitos trabalhistas. I. Título

CDU – 347.998:331

RHENAN WEBER BORGES VARELA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO À LUZ
DA SÚMULA Nº 331 DO TST**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pró-Reitoria de Pesquisa, Inovação e Pós-Graduação do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba, como exigência parcial para obtenção da titulação de Especialista em Gestão Pública.

Área de Concentração: Direito
Administrativo/Direito do Trabalho

APROVADA EM: ____/____/2016.

BANCA EXAMINADORA

Professora Ms. Marileuza Fernandes Correia de Lima
Orientadora

Professor Ms. Marcelo Oliveira Serrano de Andrade Júnior
Membro Examinador

Professor Ms. Francisco José Garcia Figueiredo
Membro Examinador

**JOÃO PESSOA/PB
2016**

Ao meu pai, meu ídolo e exemplo de perseverança e força, como forma de agradecer por tudo que tem feito por mim; à minha mãe, pelo seu colo, ao tentar me confortar nos momentos de maior apreensão e dificuldade, com suas palavras simples que me fizeram encher o coração de esperança; aos meus irmãos e sobrinhos por propiciarem alegrias em minha vida e à minha noiva, por tentar me convencer a cada dia que tudo seria possível.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar sempre me guiando pelos caminhos certos e me dando forças e esperança nos momentos difíceis que enfrentei e virei a enfrentar em minha vida acadêmica e profissional.

Aos meus pais, Antonio e Eliane, que, com simplicidade e amor, moldaram meu caráter, e pela confiança depositada em meu sucesso pessoal e profissional.

Aos meus irmãos, Renata e Rogério, pela convivência e amparo dispensados no dia-a-dia.

Aos meus sobrinhos, Letícia e Lucas, que a cada sorriso conseguem renovar minha alegria em viver.

À minha noiva, Ingrid, pelo incentivo e compreensão que teve durante todo o curso, bem como pela colaboração na revisão dos textos.

À Professora Marileuza Fernandes Correia de Lima, pela atenção, pela paciência, pela sua sábia orientação, pela sua humildade em transmitir os ensinamentos e, sobretudo, pela compreensão acerca das dificuldades enfrentadas na conclusão deste trabalho.

Aos professores do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Gestão Pública do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba, pelo empenho que tiveram ao transmitir os seus conhecimentos.

Aos meus colegas de turma, pela saudável convivência acadêmica que tivemos ao longo das aulas ministradas no curso.

Aos meus amigos, que de alguma forma contribuíram para que eu pudesse conseguir tão importante vitória.

"Há homens que lutam um dia e são bons. Há outros que lutam um ano e são melhores. Há os que lutam muitos anos e são muito bons. Porém, há os que lutam toda a vida. Esses são os imprescindíveis."

Bertolt Brecht

RESUMO

VARELA, Rhenan Weber Borges. **Responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização à luz da súmula nº 331 do TST**. 2016. 122p. Monografia (Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Gestão Pública), Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba, João Pessoa/PB.

Considerando o aumento significativo de demandas judiciais que versam acerca da responsabilidade subsidiária do órgão público tomador de serviços, a majoração do índice de empresas interpostas que são contratadas pela Administração Pública e o crescimento desenfreado da inadimplência quanto ao pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários pelas empresas prestadoras de serviços aos seus funcionários é que o presente trabalho monográfico, a partir dessas questões, busca apresentar uma sequência lógica de matérias relevantes à compreensão da responsabilidade subsidiária do Estado e da atuação da Administração Pública nos contratos administrativos por ela pactuados. A pesquisa procura se justificar em razão da discussão existente em relação a constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e a súmula nº 331 do TST, que apesar de já deliberada e decidida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário do país, está longe de terminar, pois não existe Lei que regulamente a responsabilidade subsidiária do Estado em função de débitos trabalhistas inadimplidos por empresas privadas em contratos de terceirização. Nesse sentido, o trabalho em tela consiste em um estudo sistemático de conceitos e teorias, fundamentado em leis, doutrinas e jurisprudências, com o propósito de auxiliar o entendimento do atual modelo de terceirização na Administração Pública e de sua forma legal de execução, além de orientar o administrador público para que adote as medidas necessárias a fim de impedir a condenação judicial do Ente Público quanto ao pagamento de encargos trabalhistas de funcionários terceirizados, evitando, assim, irreparável prejuízo ao erário público.

Palavras-chave: Responsabilidade subsidiária. Administração Pública. Súmula nº 331 do TST. Terceirização. Débitos trabalhistas.

ABSTRACT

VARELA, Rhenan Weber Borges. **Subsidiary responsibility of Public Administration in outsourcing contracts in the light of the precedente No. 331 of the TST**. 2016. 122p. A monograph (Postgraduate Course Sensu Lato in Public Management), the Federal Institute of Education, Science and Technology of Paraíba, João Pessoa - PB.

Considering the significant increase in judicial demands that deal on the subsidiary responsibility of the public agency policyholder services, increasing the rate of outsourced employees hired by the Public Administration and the unbridled growth of defaults on the payment of labor, tax and social security burden by providing companies service to its employees is that this monographic work from these issues, seeks to present a logical sequence of subjects relevant to the understanding of the subsidiary responsibility of the State and the role of public administration in administrative contracts which it agreed. The research seeks to justify because of the ongoing discussion regarding the constitutionality of Article 71 of Law No. 8.666/93 and the precedente No. 331 of the TST, which despite already deliberated and decided by the judiciary of the country umbrella body, is far to finish, because there is law regulating the subsidiary responsibility of the State in terms of labor debts past due by private companies in outsourcing contracts. In this sense, work on screen consists of a systematic study of concepts and theories, based on laws, doctrines and jurisprudence, with the purpose of assisting the understanding of the current outsourcing model in public administration and legal form of execution, and guide the public administrator to take the necessary measures to prevent the judicial condemnation of public agency as the payment of labor charges of outsourced employees, thus avoiding irreparable damage to the public treasury.

Keywords: Subsidiary responsibility. Public administration. Precedent No. 331 of the TST. Outsourcing. Labor debts.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade.

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

AGU – Advocacia Geral da União.

CF – Constituição Federal.

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas.

CPC – Código de Processo Civil.

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.

DL – Decreto Lei.

IN – Instrução Normativa.

INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

MARE – Ministério de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

OJ – Orientação Jurisprudencial.

SDI-I – Seção de Dissídios Individuais I.

SISG – Sistema de Serviços Gerais.

SLTI – Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação.

STF – Supremo Tribunal Federal.

TCU – Tribunal de Contas da União.

TRT – Tribunal Regional do Trabalho.

TST – Tribunal Superior do Trabalho.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	ASPECTOS INVESTIGATIVOS	18
1.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO	18
1.2	NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITO DO TRABALHO	19
1.2.1	Diferença entre relação de trabalho e relação de emprego	21
1.2.2	Requisitos para configuração do contrato de trabalho	22
1.2.3	Princípios constitucionais aplicados ao Direito do Trabalho	24
1.2.4	Princípios basilares do Direito do Trabalho	26
1.2.4.1	Princípio da proteção	27
1.2.4.2	Princípio da primazia da realidade	29
1.2.4.3	Princípio da irrenunciabilidade de direitos	29
1.2.4.4	Princípio da continuidade da relação de emprego	30
1.2.4.5	Princípio da razoabilidade	31
1.2.4.6	Princípio da boa-fé	32
1.3	FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA	33
2	ENTENDENDO A TERCEIRIZAÇÃO	37
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA DA TERCEIRIZAÇÃO	37
2.2	DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA TERCEIRIZAÇÃO	40
2.3	FUNDAMENTOS DA TERCEIRIZAÇÃO	41
2.4	ELEMENTOS DA TERCEIRIZAÇÃO	42
2.4.1	Vínculo jurídico de natureza contratual	42
2.4.2	Relação trilateral	43
2.4.3	Coexistência de obrigações complexas	44
2.4.4	Especialização dos serviços	44
2.4.5	Direção do trabalho pela prestadora dos serviços	45
2.4.6	Boa-fé entre as partes	46

2.5	NATUREZA JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO	47
2.6	EFEITOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO	48
2.7	CLASSIFICAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO	48
2.8	LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO	50
2.9	VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO	52
3	TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	55
3.1	SURGIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	55
3.2	DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	56
3.3	HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	58
3.3.1	Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público	61
3.3.2	Princípio da Legalidade	62
3.4	LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	63
3.5	PROCESSO LICITATÓRIO	65
3.6	CONTRATO ADMINISTRATIVO	66
3.6.1	O dever de fiscalização contratual da Administração Pública	69
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	73
4.1	RESPONSABILIDADE CIVIL	73
4.2	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	73
4.3	EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	74
4.4	RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO	75
4.4.1	A culpa <i>in elegendo</i> e a culpa <i>in vigilando</i>	76
4.5	RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO	78
4.6	RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL	79

4.7	RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA	80
4.8	SUJEITOS QUE COMPROMETEM O ESTADO	83
4.9	O DANO INDENIZÁVEL	84
4.10	CAUSAS DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE	85
4.11	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	86
5	RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO	89
5.1	EVOLUÇÃO NORMATIVA	89
5.2	A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE	92
5.3	A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16/2010, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	93
5.4	A APARENTE DERROTA DA SÚMULA Nº 331 DO TST E O (RE) POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO TRABALHISTA	99
5.5	A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST	104
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
	REFERÊNCIAS	114
	ANEXO I – SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NA ÍNTEGRA	121

INTRODUÇÃO

A economia moderna tem sofrido constantes transformações frente ao Estado Contemporâneo, refletindo diretamente nas relações de trabalho entre as empresas e seus empregados, sobretudo, após o desenvolvimento industrial ocorrido na segunda metade do século XX, momento em que as empresas necessitavam atingir altos níveis de produção em virtude da competitividade de mercado. Perante essas modificações, nasceu o debate sobre a flexibilização trabalhista.

Neste contexto é que nasce a ideia de terceirização de serviços, considerada como um instituto de produção que transfere algumas atividades empresariais, reconhecidamente de natureza acessória, à terceiros contratados.

Neste sentido, as grandes empresas vislumbraram a possibilidade de se dedicarem exclusivamente às suas atividades principais e decidiram ceder as atividades secundárias para outras firmas, exatamente com o propósito de alcançar, de tal modo, maiores resultados em face da redução de custos de produção e da melhoria da qualidade dos serviços e produtos ofertados.

Historicamente, o Estado tem demonstrado ineficiência na prestação dos serviços públicos à sociedade e aderiu a terceirização no âmbito da Administração Pública, em todas as suas esferas e poderes, como forma de dispensar maiores esforços ao desempenho de suas atividades essenciais.

A terceirização de atividades públicas e privadas só é permitida, em regra, nas atividades-meio, justamente porque o seu objetivo é criar mecanismos de suporte ou complemento da atividade principal, sendo, portanto, vedada a terceirização do serviço essencial ou da atividade-fim, que deve ser de competência do próprio órgão público ou empresa privada.

É incontestável que a terceirização é de fundamental importância para o setor público e privado, pois impulsiona a criação de pequenas e médias empresas, incentivando o trabalho de forma autônoma e permitindo o surgimento de novos empregos, se constituindo em um destacado vetor de transformação social.

Todavia, o tema tem causado grande polêmica na esfera jurídica, inicialmente, em razão do surgimento de uma terceira figura, o prestador de serviços, modificando a tradicional relação de trabalho formada apenas entre empregado e empregador. Em síntese, a terceirização estabeleceu uma relação triangular constituída por empresa tomadora de serviços, empresa prestadora de serviços e trabalhador (empregado), onde a empresa tomadora contrata a empresa prestadora repassando-lhe toda a responsabilidade na execução de atividades periféricas,

inclusive a responsabilidade pela contratação dos trabalhadores e pelos encargos advindos dos contratos trabalhistas.

Neste cenário, a maior preocupação do Direito do Trabalho reside no fato de que apesar dos benefícios trazidos à sociedade, a terceirização igualmente acarretou adversidades, uma vez que passou a ser utilizada como forma de burlar os contratos empregatícios, tornando precárias as condições de trabalho de milhares de empregados em todo país, que sofrem com a ausência de garantia de direitos básicos e até mesmo com a mitigação destes direitos.

Os resultados obtidos com a adoção da terceirização no âmbito da Administração Pública são muito profícuos, se destacando a otimização dos serviços públicos oferecidos à população e a redução dos gastos públicos. No entanto, na prática, estes benefícios são prejudicados à medida em que a finalidade da prestação de serviços é desvirtuada, ocasionando fraudes e negligência na contratação de empresas terceirizadas.

Neste aspecto, o presente trabalho busca abordar o tema dando ênfase à terceirização pactuada por órgãos públicos, apontando a legislação e a jurisprudência aplicável ao caso, bem como, as soluções jurídicas para os problemas decorrentes da terceirização de serviços.

O cerne do estudo em questão incide acerca da possibilidade de efetiva responsabilização do tomador do serviço pelos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários inadimplidos em um contrato de terceirização, especialmente, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública beneficiária imediata do serviço prestado pelo trabalhador prejudicado.

Esta responsabilidade origina-se não do inadimplemento das verbas trabalhistas pelo órgão contratante (tomador de serviços), mas pela sua ineficácia na fiscalização do cumprimento das cláusulas contratuais firmadas a título de terceirização, bem como pela eleição de empresa inidônea para a prestação dos serviços. Esta responsabilidade subsidiária está sedimentada na ideia da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*, se constituindo então no principal objetivo deste trabalho.

É necessário demonstrar, ainda, sucintamente, a classificação metodológica do presente trabalho, para possibilitar a compreensão dos capítulos apresentados a seguir e facilitar o entendimento do estudo.

No que diz respeito aos procedimentos metodológicos empregados nesta monografia, será adotada uma abordagem qualitativa, pois leva em consideração apenas fatos sociais em detrimento de estatísticas, como é imperativo para o estudo da terceirização no âmbito da Administração Pública.

Já quanto ao método de abordagem, deu-se preferência ao dedutivo, tendo em vista que o estudo se inicia a partir de um conceito amplo de terceirização no direito do trabalho para, em

seguida, destacar de forma específica a responsabilidade da Administração Pública como tomadora de serviços.

Utilizou-se, ainda, o método de interpretação sistemático, em decorrência da interpretação de normas consoante o sistema jurídico que as abrange, como ocorre no estudo do instituto da terceirização e da responsabilidade do tomador de serviços à luz da súmula nº 331 do TST, pois é este aspecto que traz maior discussão no âmbito do Direito Administrativo, do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, da Gestão Pública.

Em relação aos procedimentos técnicos, adotou-se a pesquisa essencialmente bibliográfica e documental, visto que o trabalho é desenvolvido com base em material já elaborado, como livros, revistas especializadas, legislação pertinente, jurisprudência e artigos jurídicos publicados em redes eletrônicas, propiciando a cobertura de uma gama de fenômenos de forma mais aprofundada, além de permitir análises de diversos entendimentos acerca da temática discutida.

Após a apresentação da metodologia empregada, passa-se a analisar a organização do presente trabalho, com o breve relato dos cinco capítulos a serem examinados.

Destarte, no primeiro capítulo, é promovido o estudo da evolução histórica do trabalho e a apresentação de noções básicas relacionadas ao Direito do Trabalho, como a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, os requisitos para configuração do contrato de trabalho, os sujeitos da relação de emprego à luz da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), os princípios constitucionais norteadores do Direito do Trabalho e os princípios basilares específicos do próprio Direito do Trabalho.

No segundo capítulo, é desenvolvido um estudo hermenêutico da terceirização, envolvendo fundamentação histórica, conceitos doutrinários, principais características, fundamentos, elementos, classificação e formas, vantagens e desvantagens da utilização deste processo de gestão, formas lícitas e ilícitas e atividades em que se permite a terceirização demonstrando uma rápida distinção entre atividade-meio e atividade-fim.

No terceiro capítulo são tratadas matérias pertinentes à terceirização no âmbito da Administração Pública, dando ênfase à sua conceituação, hipóteses de cabimento e limitações. Também serão objeto de estudo as questões relativas aos procedimentos licitatórios e aos contratos administrativos firmados pelos entes públicos para celebração da terceirização, mais especificamente quanto à necessidade de acompanhamento e gestão das cláusulas contratuais pelos agentes públicos.

Por sua vez, no quarto capítulo é analisada a teoria da responsabilidade civil da Administração Pública, buscando esclarecer as definições e diferenças entre responsabilidade

objetiva e subjetiva, responsabilidade civil contratual e extracontratual, responsabilidade solidária e subsidiária e culpa *in vigilando* e culpa *in elegendo*.

No quinto e último capítulo é tratada a evolução normativa da súmula nº 331 do TST e discutida a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, por meio da análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/2000. A seguir, se enfatiza o objetivo principal do trabalho: a responsabilidade subsidiária da Administração Pública como tomadora de serviços pelas verbas trabalhistas devidas ao funcionário terceirizado e inadimplidas pela empresa prestadora de serviços, avaliando de que forma esta responsabilidade pode ser atribuída à Administração Pública sob a ótica da nova redação da súmula nº 331 do TST. Por fim, foram colacionadas jurisprudências recentes a fim de demonstrar o atual posicionamento do Judiciário Trabalhista acerca da temática ora abordada.

Ressalte-se, todavia, que o trabalho monográfico, ora apresentado, não tem a intenção de exaurir todo o conteúdo referente ao tema, mas apenas chamar a atenção dos gestores públicos quanto à real possibilidade de a Administração Pública ser penalizada e condenada judicialmente pela falha ou inércia do agente público incumbido da função de gerir e fiscalizar o contrato de terceirização de mão-de-obra.

1 ASPECTOS INVESTIGATIVOS

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO

Diz-se que o trabalho é tão antigo quanto o homem, pois desde a existência humana existe o trabalho. Assim, a origem do trabalho remonta à própria origem do homem. Em busca de um modo para suprir as suas necessidades básicas, visando à subsistência, o homem usou de trocas e recompensas e fez surgir o trabalho.

Até chegarmos aos dias modernos, mudanças significativas ocorreram, pois a ideia de trabalho teve que adaptar-se às transformações vividas pela sociedade e aos costumes de cada época. Neste contexto, é que surgiram diversas formas e fases do trabalho.

De acordo com Paulo e Alexandrino (2008, p.1), “o trabalho assumiu, ao longo do tempo, basicamente as seguintes formas: escravidão, servidão, corporação de ofício e emprego”.

A princípio, o trabalho era considerado como uma repreensão, pois era praticado tão somente de maneira forçada, direcionado exclusivamente aos escravos. Da mesma forma, na sociedade pré-industrial, o trabalho compelido era direcionado e executado pelos servos. À diferença dos escravos, os servos não eram propriedade de ninguém e não podiam ser vendidos, pois não eram como escravos, que eram tidos como propriedade. A servidão implica o trabalho forçado dos servos nos campos dos senhores de terras, em troca de proteção e do direito de arrendar terras para subsistência.

No Brasil, por exemplo, inicialmente foi adotada a escravidão, onde o homem exigia de seu semelhante um trabalho forçado, impedindo-o de agir conforme sua vontade. A partir do século XIX, esse tipo de trabalho foi caindo em desuso, até se tornar uma forma ilegal de labor. Doravante, o trabalho remunerado passou a ser o modo predominante de trabalho.

Para Amador Paes de Almeida (2005, p. 6), “esta nova concepção do trabalho haveria de refletir-se, fatalmente, na própria posição do Estado que, de modo gradativo, passaria a intervir nas relações entre patrões e empregados, premido, sobretudo, pelos conflitos sociais”.

No final do século XIX e início do século XX, em meio a Revolução Industrial, surgiram métodos inovadores de produção que propiciaram condições de trabalho extremamente duras e penosas, além de um elevado índice de desemprego, em face a substituição da força humana de trabalho pelas máquinas industriais. A partir de então, diante do descontentamento dos trabalhadores, houve os primeiros movimentos sociais, iniciando as greves, impetuosamente reprimidas pelo Poder Público e pela iniciativa privada.

1.2 NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITO DO TRABALHO

Quando nos referimos à expressão “trabalho”, uma das primeiras ideias que temos é o sentido econômico da expressão, ou seja, o trabalho consiste em qualquer atividade exercida pelo homem, objetivando um resultado final, seguido de um lucro.

Conforme os ensinamentos de Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 3):

Se no passado o trabalho tinha conotação de tortura, atualmente significa toda energia física ou intelectual empregada pelo homem com finalidade produtiva. Todavia, nem toda atividade humana produtiva constitui objeto do Direito do Trabalho, pois somente a feita em favor de terceiros interessa ao nosso estudo e não a energia desprendida para si próprio. Trabalho pressupõe ação, emissão de energia, desprendimento de energia humana, física e mental, com o objetivo de atingir algum resultado.

As relações de trabalho vêm se tornando elemento de estudo há muito tempo, em razão das diversas transformações sofridas pela sociedade. Alguns defendem que essas modificações têm trazido benefícios aos empregadores, outros acreditam que há desvantagens para estes, tornando-se mais favoráveis aos empregados.

A Revolução Francesa foi o marco inicial para o término do trabalho escravo. No Brasil, a Lei Áurea também foi um estímulo para o surgimento do Direito do Trabalho, onde sua finalidade era sobrestar com o trabalho escravo. No entanto, estes movimentos abolicionistas não foram suficientes para eliminar esta chaga da sociedade, tanto que ainda temos a prática do trabalho em condições análogas ao de escravo, que perdura até os dias atuais, inclusive em várias regiões do nosso país.

A substituição do trabalho do homem pelas máquinas surgiu na nossa sociedade com a Revolução Industrial iniciada no século XVIII. Diante de toda essa mecanização do trabalho, já não se exigia mais o aprendizado para a profissão, ou seja, qualquer operário, de qualquer classe ou sexo, estaria apto para o trabalho, em busca de um lugar insignificante no mercado. Nessa época, o trabalhador era colocado em posição inferior, submetendo-se a aceitar aquelas condições desumanas e humilhantes que lhes eram oferecidas, onde mulheres e crianças eram exploradas, sem o mínimo de piedade.

Levando tais fatos em consideração, Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 12) leciona:

Daí a necessidade de um novo sistema legislativo protecionista, intervencionista, em que o Estado deixasse a sua apatia natural e comum, sua inércia e tomasse um papel paternalista, intervencionista, com o intuito de impedir a exploração do homem pelo homem de forma vil.

Nasce então, o Direito do Trabalho, que Evaristo de Moraes Filho (1986, p. 150) conceitua como sendo “o conjunto de princípios e normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado e outros aspectos deste último, como consequência da situação econômica das pessoas que o exercem”.

No Brasil, o Direito do Trabalho teria surgido no século XIX, precisamente no ano de 1930, com a política trabalhista de Getúlio Vargas, através da publicação de leis e decretos que regulamentavam temas como: prestação de serviços, profissões, trabalho das mulheres, Justiça do Trabalho, dentre outros.

Contudo, até então, o Estado não intervinha na relação de empregador e empregado. Foi apenas em 1943 que nasceu a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que não se constitui como um código, mas como o título mais importante desse ramo do Direito. A sistematização e consolidação das leis em um único texto integrou os trabalhadores no círculo de direito mínimos e fundamentais para uma sobrevivência digna. Além disso, proporcionou o conhecimento global dos direitos trabalhistas por todos os interessados, principalmente empregados e empregadores. Entretanto, foi na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 que se disciplinou de forma mais ampla o tema relativo ao trabalhador.

A Carta Magna de 1988 considera o trabalho como “Direito Social”, dispondo, em seu artigo 7º, um rol de direitos garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais. Assim, o direito que regulamenta a relação entre empregado e empregador, é tratado tanto na CRFB de 1988, quanto na CLT, estabelecida em 1943.

Um dos mais renomados estudiosos do Direito do Trabalho no país, jurista e ministro do TST Maurício Godinho Delgado (2009, p.49), conceitua esse ramo do Direito como sendo o:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.

Podemos afirmar, após o explanado acima, que o Direito do Trabalho surgiu para proteger a parte hipossuficiente na relação de trabalho, almejando condições mínimas para a efetiva realização do trabalho e garantias ao empregado, sendo, portanto, um direito protetivo e longínquo. Nasce para amparar a parte mais frágil dessa relação desigual do trabalho, porém trazendo avanços e melhorias para as duas partes da relação. Alguns doutrinadores defendem que no Direito do Trabalho há uma miscigenação entre direito público e privado, contudo, o

que predomina na doutrina é o Direito do Trabalho como sendo um ramo do direito privado, pois regulamenta as relações entre empregados e empregadores na esfera particular. Neste diapasão, é importante frisar que as relações entre os servidores públicos e a Administração Pública são regidas pelo Direito Administrativo e não pelo Direito do Trabalho.

1.2.1 Diferença entre relação de trabalho e relação de emprego

Para compreendermos a relação de trabalho e a relação de emprego, faz-se mister deter-se aos estudos dos elementos diferenciadores que norteiam esta relação. De acordo com Renato Saraiva (2009, p.38):

Relação de trabalho corresponde a qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural executa obra ou serviços para outrem, mediante o pagamento de uma contraprestação. Podemos afirmar que a relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é uma espécie.

A ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, sendo que a primeira possui caráter genérico, referindo-se à todas as relações jurídicas que possuem uma prestação de obrigação de fazer consubstanciada em labor humano, englobando inclusive a relação de emprego, o trabalho avulso ou qualquer outro acordo de trabalho existente no mundo jurídico atual.

Já a relação de emprego é caracterizada como uma modalidade de relação de trabalho, correspondendo a um tipo legal próprio e específico, denotando um trabalho subordinado, não eventual, sob dependência e remuneração. Ausente qualquer um desses requisitos, a relação de emprego é descaracterizada.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o artigo 114 da CRFB de 1988 sofreu uma série de alterações, passando a Justiça do Trabalho então a ser competente para julgar todas as relações de trabalho, bem como todas as controvérsias dela decorrentes. Note-se que a relação de trabalho será analisada pela Justiça do Trabalho, porém com a legislação a ela cabível, diferentemente da relação de emprego, que será analisada com base na CLT.

Neste sentido, vejamos o que leciona o professor Paulo Antonio Maia Silva (2011, p. 48):

A diferença em relação ao quadro anterior à emenda nº 45 é que atualmente as ações que envolvam litígio decorrente de outras relações de trabalho serão apreciadas no âmbito da justiça especializada trabalhista, mas com a aplicação da legislação a elas pertinente.

A CLT apresenta diversos dispositivos onde é utilizado o termo “contrato de trabalho”, quando deveria ser usada a expressão “contrato de emprego”, causando um verdadeiro imbróglio, pois podemos afirmar que nem todos os tipos de trabalho merecem uma proteção desse texto legal, mas somente aquele que se origina de uma nítida relação de emprego.

Podemos citar como exemplo, o *caput* do artigo 442 da CLT (BRASIL, 1943) ao dispor que “o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso correspondente à relação de emprego”. Vale salientar que, apesar do artigo citar “contrato de trabalho”, é pacificado que o referido verbete se refere ao “contrato de emprego”, haja vista a noção de trabalho, no ordenamento jurídico constitucional, se direcionar à noção de emprego, tendo este, portanto, a proteção do referido diploma legal, válido apenas para o trabalho que se origina de uma clara e evidente relação de emprego, e não para toda e qualquer relação de trabalho, como, por exemplo, o trabalho autônomo.

Em decorrência do conceito de contrato de trabalho, trazido pela CLT, Sérgio Pinto Martins (2009, p. 89), afirma que “todo contrato de trabalho é uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho consiste em um contrato de trabalho, como no caso do trabalho autônomo ou o eventual”. Neste sentido, conclui-se que a relação de emprego é uma modalidade da relação de trabalho, de modo que nem todo trabalho é considerado emprego.

1.2.2 Requisitos para configuração do contrato de trabalho

O contrato de trabalho pode ser definido como o pacto tácito ou formal onde acordam as partes, direitos e deveres recíprocos, no qual um indivíduo compromete-se a uma prestação de serviços a outrem, pessoa física ou jurídica, em troca de uma remuneração.

Os requisitos ou pressupostos legais para a configuração da relação de emprego estão inseridos nos artigos 2º e 3º da CLT, dispositivos que conceituam, respectivamente, os sujeitos dessa relação, ou seja, o empregador e o empregado.

A legislação trabalhista estabelece que se considera empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Enquanto que o empregador pode ser definido como a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (BRASIL, 1943).

A partir da norma supracitada, pode-se concluir que para restar caracterizado uma relação empregatícia, deve existir na relação jurídica de trabalho alguns elementos indispensáveis. Assim, a relação de emprego se distingue da relação de trabalho na medida em

que aquela detém caráter mais específico, possuindo uma série de elementos fático-jurídicos que a caracterizam.

Para Sérgio Pinto Martins (2009, p.89), “são requisitos do contrato de trabalho: (a) continuidade, (b) subordinação, (c) onerosidade, (d) pessoalidade, (e) alteridade”.

A continuidade está caracterizada na necessidade de haver uma frequência mínima no labor, para que o trabalhador, de forma habitual, exerça suas atribuições regularmente no emprego, executando um tipo de serviço que normalmente se insere nos fins normais da atividade do empregador.

Assim, o elemento da continuidade, também conhecido como não-eventualidade, pode ser entendido como o caráter de permanência do contrato empregatício, sendo regida em consonância ao princípio da continuidade da relação de emprego, com exceção das hipóteses pactuadas temporalmente nas cláusulas dos contratos trabalhistas. Nesse sentido, para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico.

A subordinação está evidenciada quando o empregado trabalha sob o poder de direção do empregador, o qual, por sua vez, organiza o trabalho e emana ordens aos seus subordinados. Tal subordinação divide-se em jurídica, onde o empregado recebe ordens do empregador em decorrência do contrato de trabalho estabelecido, em subordinação econômica, onde o empregado sempre depende financeiramente do empregador, e em subordinação técnica, caracterizada pelo comando e domínio do conhecimento pelo empregador, na qual o empregado, apesar de dominar a técnica e possuir aprendizado suficiente para realizar a prestação de serviço, sempre estará subordinado à última análise pelo seu empregador.

A subordinação é o elemento que mais distingue uma relação de emprego de uma relação de trabalho, caracterizada pela obediência e dependência hierárquica do empregado em relação ao empregador. O trabalhador autônomo diferencia-se do empregado, tendo em vista que realiza as atividades de seu trabalho por conta própria, assumindo os riscos de seu negócio, como no caso do empresário e dos profissionais liberais, por exemplo.

Já a onerosidade é conceituada como uma contraprestação específica oriunda do empregador, que são as verbas salariais, pois é daí que o empregado retira o seu sustento e de sua família, tendo tal salário caráter nitidamente alimentar, sendo, portanto, irrenunciável. Para que haja prestação de trabalho gratuita, descaracterizando, portanto, a relação empregatícia, é necessário que haja expressa manifestação de intenção de não querer receber essa contraprestação.

Assim, a onerosidade está evidenciada no contrato de trabalho, uma vez que gera para o empregador o dever de remunerar o empregado pelos serviços prestados, ou seja, obrigações recíprocas entre as partes.

É importante ressaltar que, inexistindo a onerosidade, impossível restar evidenciada uma relação de emprego, pois, o salário é um elemento indispensável para sua configuração, diferente do trabalho voluntário, onde inexistente o dever da contraprestação em pecúnia.

Outro requisito essencial do contrato de trabalho é a pessoalidade, afirmando Sérgio Pinto Martins (2009, p. 91) que: “contato de trabalho é *intuitu personae*, ou seja, realizado com certa e determinada pessoa. O contrato de trabalho em relação ao trabalhador é infungível. Não pode o empregado fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última”. Assim, o empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica.

O elemento da pessoalidade divide-se em “pessoa física” e “prestação de serviço *intuitu personae*”, sendo que a primeira é a proibição da prestação de serviços por pessoa jurídica, pois apenas o empregado é que pode usufruir dos direitos e obrigações garantidos pelo Direito do Trabalho.

Já o *intuitu personae* caracteriza-se pela fidúcia, que é a confiança do empregador ao empregado, depositando sua certeza quanto a boa realização do labor a ser prestado, além da infungibilidade, que é a inadmissibilidade da substituição do empregado por período intermitente com a consequente manutenção da mesma relação jurídica, excetuando-se, neste caso, o trabalho temporário e o previsto em lei. Desta forma, o empregado deve sempre ser uma pessoa certa, não podendo ser substituído por outra pessoa na execução dos serviços.

O último requisito essencial do contrato de trabalho trazido pela doutrina diz respeito à alteridade, caracterizada no fato de que o empregado presta serviços não por conta própria, como no caso do trabalhador autônomo, mas por conta alheia, onde quem deve assumir os riscos do negócio é sempre o empregador, apesar da possibilidade do empregado participar dos lucros.

Ausente qualquer dos requisitos da relação empregatícia acima comentados, esta não poderá ser mais assim tratada, passando a ser analisada como relação de trabalho, observando a legislação a ela pertinente para uma eventual aplicação.

1.2.3 Princípios constitucionais aplicados ao Direito do Trabalho

Os princípios constitucionais são essenciais, pois são elevados ao *status* de normas constitucionais, alcançando o mais alto grau de efetividade das normas jurídicas, tornando-se,

assim, base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, servindo como um ponto de partida, uma orientação para a elaboração e interpretação das demais normas.

Os princípios constitucionais intimamente ligados ao Direito do Trabalho que merecem destaque e que muito se tem comentado na doutrina e jurisprudência pátria são: o princípio da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho e da liberdade de profissão.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil e também do Estado Democrático de Direito, tendo por escopo a proteção daquele que sofre lesão em sua esfera de direitos por culpa ou dolo de outrem.

O doutrinador constitucionalista Alexandre de Moraes (2006, p. 16) elucida que a dignidade da pessoa humana:

concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto ser humano.

A importância deste princípio é sublime, haja vista sua amplitude em qualquer área do direito, impondo um dever de proteger a pessoa humana. É uma imposição que recai ao Estado para respeitar, promover e proteger as condições que viabilizem a vida do ser humano com dignidade.

Já o princípio da liberdade de profissão está previsto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), que assevera: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A Carta Magna garante, assim, o exercício de qualquer trabalho, desde que atendam as qualificações exigidas em lei e que este trabalho não gere risco de morte ao trabalhador ou exponha sua vida, e desde que seja um trabalho que não fira a sua dignidade.

O princípio da valorização social do trabalho também está previsto no artigo 1º, inciso IV, da CRFB de 1988, estando, portanto, inserido lado a lado à previsão do princípio da dignidade da pessoa humana, justamente no intuito de possibilitar a efetivação do homem na sociedade.

O trabalho é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro, sendo dever legal do Estado assegurar a todas as pessoas o acesso a um trabalho honrado, que garanta as condições necessárias para que o trabalhador e sua família vivam com dignidade.

Neste meio, o jurista Maurício Godinho Delgado (2009, p. 36) leciona:

O conceito de trabalho na expressão “valorização do trabalho” deve ser compreendido como trabalho juridicamente protegido, ou seja, emprego. Porque é o emprego o veículo de inserção do trabalhador no sistema capitalista globalizado, e só deste modo é possível garantir-lhe um patamar concreto de afirmação individual, familiar, social, ética e econômica.

Neste sentido, cumpre esclarecer que o termo “trabalho” à luz do princípio em referência não pode ser interpretado de maneira genérica, sob pena de se confrontar com outros princípios constitucionais, como a busca do pleno emprego, inserido no artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

1.2.4 Princípios basilares do Direito do Trabalho

O artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) aduz que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Deste artigo, depreende-se que, aos magistrados, cabe o desenvolvimento do direito no caso de haver lacuna na legislação, na tentativa de alcançar a decisão mais favorável ao caso concreto.

Diante da falta de legislação que tutele o assunto em questão, deve-se procurar solução com a interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, mormente nos princípios contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na Consolidação das Leis Trabalhistas.

Os princípios são considerados como estrutura jurídica, que tem como finalidade viabilizar a aplicação das normas aos casos concretos. Os mesmos possuem grande relevância no ordenamento jurídico por serem considerados como norteadores do direito e possuírem características informadoras, interpretativas e normativas no direito.

No Direito do Trabalho, o artigo 8º da CLT traz uma função essencial aos princípios, dispondo que eles deverão ser aplicados em caso de omissão legal ou contratual, *in verbis*:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito

do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (BRASIL, 1943)

Sendo assim, o direito do trabalho, como direito autônomo que é, possui princípios próprios que constituem fundamentos específicos do ordenamento jurídico trabalhista, não se confundindo com outros ramos do direito.

Nesta esteira, Américo Plá Rodriguez (2004, p.34) ressalta a importância dos princípios desse ramo do Direito, afirmando que eles “constituem o fundamento do ordenamento jurídico trabalhista, e, conseqüentemente, entre os mesmos e os preceitos legais não pode haver contradição”. Ademais, é certo afirmar que tais princípios estão acima do direito positivo, na medida em que servem como elemento inspirador, não podendo, porém, tornar-se independentes do sistema, visto que se influenciam mutuamente.

Com isso, passemos a análise dos princípios basilares do Direito do Trabalho que possuem pertinência temática com o presente trabalho monográfico.

1.2.4.1 Princípio da proteção

O princípio da proteção se desdobra em três outros princípios que visam garantias de condições mais benéficas aos trabalhadores, bem como, aplicação das normas mais favoráveis, com o propósito de corrigir desigualdades diante da posição de hipossuficiência do empregado. Neste contexto, o fundamento do princípio da proteção decorre do propósito de equilibrar as relações havidas entre o capital e a força de trabalho, eis que são flagrantemente desiguais.

Quanto ao alcance deste princípio, extrai-se a seguinte lição de Américo Plá Rodriguez (2004, p. 39):

Este princípio não dá direito de fazer qualquer coisa em nome da proteção do trabalhador, e muito menos a substituir-se ao criador das normas. Tem um campo de aplicação limitado e, mantendo-se dentro dele, não conspira contra a segurança, porém assegura a eficaz e adequada aplicação da norma.

O princípio do *in dubio pro operário* visa proteger a parte mais fraca da relação de trabalho, qual seja, o trabalhador. O princípio reza que havendo dúvida quanto à interpretação da norma, deverá ser aplicada aquela que for mais benéfica ao trabalhador. Por óbvio, este

princípio deve ser aplicado com razoabilidade evitando afronta à verdadeira vontade do legislador.

A natureza deste princípio é considerada como hermenêutica, pois havendo um dispositivo de lei ou de contrato que enseje interpretação em sentido dúbio, a regra é que será adotada a interpretação mais benéfica ao trabalhador.

Já o princípio da aplicação da norma mais favorável será utilizado sempre que houver uma pluralidade de normas, devendo-se optar por aquela mais favorável ao trabalhador.

É sabido que existem diversas normas que regulam as relações laborais, como por exemplo, acordos coletivos, sentenças normativas, convenções, regulamentos internos empresariais, entre outros. Ressalta-se que, diante da aplicação deste princípio não haverá hierarquia de normas, mas sim, a aplicação daquela que for mais benéfica ao trabalhador.

No que diz respeito ao princípio da condição mais benéfica, sua essência está intimamente ligada ao princípio da norma mais favorável. No entanto, neste caso, a finalidade do princípio é manter os direitos e privilégios alcançados pelo trabalhador no decorrer do contrato de trabalho.

Corroborando com este entendimento, reza o artigo 10 da CLT (BRASIL, 1943) que: “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”. No mesmo raciocínio, tem-se o artigo 468 da mesma legislação, ao dispor que:

Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (BRASIL, 1943)

Nesta esteira, já se encontra pacificada a aplicação deste princípio, de acordo com a súmula nº 51 do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO.

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro (BRASIL, 2005).

Portanto, o que se pode extrair da simples leitura da súmula supracitada é que não poderá ser feita qualquer alteração no contrato de trabalho que importe em prejuízo ao obreiro.

Havendo alteração que acarrete em diminuição de benefícios, a mesma só atingirá os trabalhadores contratados posteriormente.

Sendo assim, ficam garantidos ao trabalhador os benefícios e garantias previstos no contrato de trabalho, não podendo o empregador revogar ou abster essas garantias de forma unilateral e em detrimento do obreiro.

1.2.4.2 Princípio da primazia da realidade

Este princípio é também conhecido como primazia sobre a forma e prevê que no caso de dissonância entre a realidade fática e os documentos ou contratos existentes, prevalece o primeiro, com base na verdade real, pois a realidade dos fatos é insuscetível de adulteração pela vontade humana e os documentos podem exprimir sem exatidão a vontade das partes, além de poderem revestir-se de vícios de formação que prejudicam a sua validade.

Nas palavras do autor Aldem Johnston (2002, *online*): “a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não correspondente à realidade”.

A primazia da realidade surge, por exemplo, da regra contida no artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas (BRASIL, 1943) ao mencionar que: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

O que se pode extrair a partir deste princípio é que no direito do trabalho sempre prevalecerá a realidade dos fatos, ou seja, independentemente de qualquer contrato ou documento que dê aparência de regularidade, sendo o fato controvertido, prevalecerá a realidade. Inclusive, a CLT prevê a possibilidade de haver contratação de empregados até mesmo de forma tácita, ou seja, independente de contrato.

Trata-se, portanto, de um princípio bastante peculiar do Direito do Trabalho, em razão do sistema jurídico brasileiro privilegiar a forma e o conteúdo dos documentos escritos, em lugar da realidade das relações.

1.2.4.3 Princípio da irrenunciabilidade de direitos

A prevalência da autonomia da vontade nos contratos em geral não se aplica aos contratos de trabalho em face da vigência do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, impedindo, portanto, que o empregado renuncie a direitos decorrentes da relação

de emprego que lhes foram conferidos pelo Estado. Por este motivo, em regra, o silêncio ou a concordância do empregado com a supressão de algum direito seu decorrente da relação de emprego não produzirá qualquer efeito, pois o Estado não lhe concede a faculdade de abdicar dos mesmos.

Se a regra é a irrenunciabilidade, a exceção somente ocorre quando a norma jurídica expressamente conceda ao empregado a faculdade de praticar o ato. Américo Plá Rodriguez (2000, p. 142) conceitua este princípio como sendo “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo Direito Trabalhista em benefício próprio”.

O princípio da irrenunciabilidade de direitos, consagrado nos artigos 9º e 468 da CLT, surge como consequência das normas cogentes, que visam a proteção do trabalhador e são a base do contrato de trabalho. Do princípio da irrenunciabilidade de direitos decorre a mais marcante peculiaridade do Direito do Trabalho brasileiro, que é a ausência quase total de autonomia da vontade quando se trata do trabalhador.

Os direitos trabalhistas como um todo, sejam decorrentes de lei, acordo ou convenção coletivos, ou mesmo de ajuste direto entre empregado e empregador, não podem ser objeto de renúncia por parte do empregado, a não ser em situações excepcionalíssimas, cercadas de formalidades que sempre têm por objetivo garantir que a manifestação de vontade do empregado não esteja viciada. Ou seja, a renúncia de direitos somente será possível se feita de forma expressa e dentro das situações previstas em lei, inexistindo, no Direito do Trabalho, o que ocorre nos demais ramos do Direito Privado, ou seja, a possibilidade de renúncia tácita.

Alguns autores defendem, ainda, que o princípio da irrenunciabilidade decorreria do vício presumido do consentimento do trabalhador a renunciar aos seus direitos, uma vez que o mesmo não teria total liberdade para emitir a sua vontade em razão da subordinação a que está sujeito. O trabalhador sempre estaria, portanto, sob coação psicológica ou econômica, ou, ainda, em determinados casos, estaria na condição de quem desconhece seus reais direitos.

1.2.4.4 Princípio da continuidade da relação de emprego

Embora a Constituição Federal de 1988 não tenha assegurado a estabilidade absoluta do trabalhador, a interpretação das normas referentes às indenizações devidas, quando da dispensa do empregado sem justa causa, sugere a presunção da duração do contrato de trabalho por tempo indeterminado.

O contrato por prazo determinado é uma exceção e, como tal, encontra uma série de restrições na legislação trabalhista, como, por exemplo, o limite máximo de 2 (dois) anos e a possibilidade de uma única renovação, estabelecido no artigo 445 da CLT. O contrato de experiência é, sem dúvida, o mais usual dos contratos por tempo determinado, tendo duração limitada de 90 dias, prazo após o qual teria início o contrato por prazo indeterminado.

O princípio da continuidade da relação de emprego também está presente nos artigos 10 e 448 da CLT, que tratam, respectivamente, das alterações na estrutura da empresa e da mudança de sua propriedade, que não irão afetar os direitos adquiridos e o contrato de trabalho. Ou seja, o legislador procurou proteger o trabalhador com a garantia de continuidade de seu contrato de trabalho e das condições do mesmo, independentemente da venda, fusão ou incorporação, ou qualquer outra alteração no controle da empresa em que trabalha.

1.2.4.5 Princípio da razoabilidade

Segundo Américo Plá Rodriguez (2000, p. 393), “o princípio da razoabilidade consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão”.

Esta afirmação não é exclusiva do Direito do Trabalho, mas própria de todos os ramos do direito. Toda ordem jurídica se estrutura em torno de critérios de razão e de justiça, que partem da natureza da pessoa humana e buscam concretizar um ideal de justiça.

Todavia, está claro que a pertinência de um princípio desta natureza é mais necessária naquelas áreas onde a índole de praxes normativas deixam amplo campo para a decisão individual. Trata-se de um limite ou um freio formal a ser aplicado naquelas áreas do comportamento onde a norma não pode prescrever limites muito rígidos e onde a norma não pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis, como costumeiramente ocorre nas matérias relacionadas ao direito laboral.

Ainda se utilizando dos ensinamentos de Américo Plá Rodriguez (2000), no Direito do Trabalho o princípio da razoabilidade tem duas grandes formas de aplicação, quais sejam: a) medir a verossimilhança de determinada aplicação ou solução e b) atuar como obstáculo, como limite de certas faculdades cuja amplitude pode prestar-se à arbitrariedade.

No primeiro caso, leva-se em consideração a dinâmica das relações comerciais e industriais, as quais, não raramente, conduzem a relação de trabalho para uma zona obscura, ou seja, na qual não se pode determinar com certeza sobre a aplicação ou não de uma determinada norma trabalhista.

No segundo caso, permite-se a identificação de certas arbitrariedades cometidas pelo empregador no seio de sua relação jurídica de subordinação com o empregado. De grande pertinência, é a explanação que Américo Plá Rodriguez (2000, p. 404) realiza neste tópico de sua obra, *in verbis*:

Há uma dupla base para isso. De um lado, o transcurso do contrato, que, por ser de trato sucessivo, supõe uma duração no tempo. Na maioria das vezes, de dimensão muito ampla. Por outro, a circunstância de que os contratos de trabalho pressupõem formas de colaboração pessoal em uma empresa que deve perseguir seus próprios objetivos econômicos e que, por conseguinte, deve ter um poder de direção para alcançar seus objetivos. Ambas as características impedem uma regulamentação completa e absoluta da atividade da empresa. Pelo contrário, requer-se certa flexibilidade, certa amplitude, certa discricionariedade para atuar.

Mas isto não pode permitir nem justificar a arbitrariedade. As faculdades patronais não são concedidas para a arbitrariedade nem para que cometam injustiças ou discriminações pessoais. O poder diretivo da empresa se legitima na medida em que cada empresa deve ser conduzida e orientada, com um sentido de unidade, para a obtenção de seu fim econômico, que é o que justifica sua existência. Mas não pode servir para vinganças nem perseguições pessoais, nem para a atuação caprichosa ou irracional.

Há, pois, uma margem larga, ampla, imprevisível em suas delimitações, dentro da qual deve o empregador manter-se em suas decisões. Por fim, o poder diretivo do empregador é amplo e imprevisível, mas sofre limitações que devem ser analisadas através do princípio da razoabilidade.

1.2.4.6 Princípio da boa-fé

A boa-fé não é uma norma, mas um princípio jurídico fundamental. Pode ser crença, que é uma conduta legítima sem prejudicar terceiros pessoas, ou lealdade, no sentido de honestidade, que é o vigente no Direito do Trabalho, apresentando-se por dois ângulos: subjetivo, que é a estima, e jurídico, que é a sua conduta exteriorizada. Deve existir entre ambas as partes e representa o valor ético do trabalho.

Américo Plá Rodriguez (2000) afasta do conceito de boa-fé a obrigação do empregado ter rendimento no trabalho, pois basta que o trabalhador desempenhe suas atividades com um empenho normal para que reste configurada a sua boa-fé.

O princípio da boa-fé resulta, na realidade, em obrigações tanto para o empregado quanto para o empregador. Destarte, algumas implicações no Direito do Trabalho são

facilmente percebidas, podendo ser citados como exemplos: a) o dever de fidelidade; b) a irradiação deste princípio por todos os direitos e obrigações da relação contratual existente; c) os limites que impõem ao exercício abusivo do direito de greve; entre outros.

Enfim, a boa-fé é a crença em determinados fatos e o fiel cumprimento dos deveres contratualmente pactuados, seja no ramo trabalhista ou em qualquer outra área do direito.

1.3 FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

É inegável o reconhecimento da existência de mudanças realizadas por tribunais e juízes no que tange as orientações e interpretações de fatos sociais e normas jurídicas, no decorrer dos tempos, refletindo em sua aplicação pela jurisprudência.

A flexibilização surgiu como uma forma alternativa de contrato de trabalho, pelos empresários, diante de diversas situações atuais, dentre elas, o aumento da competitividade e o desemprego. Esse modelo de acordo empregatício surgiu na década de 80, na Europa, repercutindo em todo o mundo. Atualmente, trata-se de uma forma de amenizar o rigor ou a severidade da lei, e uma possibilidade maior para acordos entre empregado e empregador.

No entendimento de Vólia Bonfim Cassar (2011, p.35):

Flexibilizar pressupõe a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas estabelecendo as condições mínimas de trabalho, sem as quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade (mínimo existencial), mas autorizando, em determinados casos, exceções ou regras menos rígidas, de forma que possibilite a manutenção da empresa e dos empregos.

Através de uma visão pós-positivista, faz-se mister estabelecer um ponto de equilíbrio entre o princípio de proteção ao trabalhador, os direitos garantidores da dignidade humana e a necessidade de manutenção da saúde da empresa. Todavia, há de se entender que estas instâncias são, ao mesmo tempo, conflitantes e harmônicas. Dizemos que são conflitantes porque o empresário não possui a mesma visão do empregado; enquanto aquele visa tão somente pagar menos, e obter mais lucros, este busca ganhar mais e otimizar sua condição de labor. Por outro lado, são harmônicas na medida em que o empregado tem consciência da situação precária de seu empregador, analisando a problemática de novas contratações de trabalho no mercado e, conseqüentemente, da iminência de desemprego, surgindo então um só interesse de juntos conseguirem a recuperação da empresa. Nesses casos, o trabalhador abre mão de alguns de seus direitos trabalhistas, em prol da manutenção de seu emprego.

A flexibilização não pode ser utilizada pelo empregador como sendo uma desculpa para ter lucro superior, aumentando seus rendimentos. A flexibilização é um direito do patrão, mas deve ser manuseada com cautela, apenas em casos de comprovada necessidade de recuperação da empresa. Devido a isto, os princípios da razoabilidade, lealdade, transparência e necessidade devem, sem dúvidas, penetrar todo o processo, sob a tutela sindical.

Nos tempos atuais, o mundo passa por uma crise nas relações de trabalho provocadas pelas inúmeras transformações econômicas, sociais, tecnológicas e modernas, que tem gerado uma discussão acerca da flexibilização das normas trabalhistas. Esse sistema normativo surge como um descontentamento por parte da classe empregadora, pois esta busca diminuir o alcance das leis e trazer acordo entre as partes dessa relação.

Tratar sobre a flexibilização das normas trabalhistas torna-se de extrema relevância, pois tem sido bastante discutida. Consiste em um tema polêmico, onde uma parte da doutrina se posiciona contra e outra parte se posiciona a favor desta prática, de modo que o tema abordado não é pacífico na doutrina.

Muitos juristas acreditam que a utilização desses meios pode ser favorável ao empregado, podendo ser um instrumento para diminuir as demissões, aumentar o número de vagas de trabalho, o fluxo de produção e a qualidade dos produtos a serem oferecidos. Entretanto, outra parte da doutrina defende que este procedimento pode ocasionar prejuízos ao trabalhador, uma vez que este abriria mão de direitos já conquistados, cujo único beneficiário seria o empregador, que teria cada vez mais lucros, onde muitos utilizariam esta prática como atividade principal e não como atividade meio, como determina a súmula nº 331 do TST, tornando o empregado ainda mais hipossuficiente.

Ainda se discute bastante se a flexibilização seria um sinônimo da desregulamentação. Contudo, percebe-se claramente que são institutos diferentes. Pode-se entender que flexibilização seria apenas uma forma de diminuição das normas jurídicas relativas às relações de trabalho, porém o Estado não deixaria de intervir, como ocorre na desregulamentação.

Assim, a desregulamentação implica na ausência do Estado, dando margem a livre manifestação de vontade e autonomia privada para regular a relação de trabalho, seja ela de caráter individual ou coletiva. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, visando à proteção dos direitos do trabalhador, ainda que seja apenas para garantir seus direitos básicos.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2011, p. 114) leciona que:

A chamada flexibilização pode ser entendida como forma de amenizar o rigor de certas normas jurídicas, referentes, no caso, ao Direito do Trabalho. A desregulamentação por sua vez, refere-se ao fenômeno de suprimir determinadas

normas jurídicas, principalmente estatais, pertinentes à regulação das relações de trabalho, passando os próprios atores sociais a estabelecer a regra aplicável. Nesse sentido, fala-se em desregulamentação negociada do Direito do Trabalho.

A flexibilização surge como uma forma de reivindicação por parte da classe empresarial, visando um direito mais brando, visto que a CLT está ultrapassada, não se adequando às novas mudanças ocorridas atualmente e estabelecidas para uma outra realidade.

Nota-se que o objetivo é a redução do intervencionismo estatal e o incentivo à solução de conflitos, mediante livre negociação. Assim, os empresários buscam mudanças que estejam de acordo com as relações de trabalho atuais, vendo neste modelo, uma oportunidade para tanto.

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2011, p.39), “a flexibilização deve ser um mecanismo utilizado apenas quando os reais interesses entre empregados e empregadores, em cada caso concreto, forem convergentes”.

Rosita Nassar (1991, p. 76), por sua vez, menciona que:

A flexibilização das normas trabalhistas faz parte integrante de um processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, consistente em um conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito do Trabalho de novos mecanismos capazes de compatibilizá-los com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica, ou de natureza diversa.

Ainda sobre o conceito de flexibilização, podemos citar o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento (2010, p.124), segundo o qual: “toda medida, do direito do trabalho, destinada a reconhecer que a lei trabalhista e a sua aplicação não podem ignorar os imperativos do desenvolvimento econômico”.

Atualmente, percebemos a flexibilização como uma forma de adaptação das normas trabalhistas às modificações constatadas no mercado de trabalho, devendo ser respeitados os limites mínimos estabelecidos nos diplomas constitucionais e internacionais, pois os direitos trabalhistas integram o rol de direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessa forma, percebemos que a flexibilização surge como uma tendência de adaptação ao novo mercado de trabalho, contudo não se devem ultrapassar os limites estabelecidos em lei, de forma a proteger, assim, o trabalhador. Observa-se, portanto, que as maneiras de flexibilização devem ser analisadas antes de sua utilização, de modo que não seja um instrumento para ferir o valor social do trabalho, para que assim se possa garantir a dignidade do ser humano e o princípio da proteção ao trabalhador.

Entre as possibilidades de flexibilização trabalhista, as quais, em regra, buscam manter o vínculo empregatício e diminuir os custos para o empregador, temos a terceirização. A terceirização tem tido grande crescimento no Brasil, haja vista a transferência de atividades para outrem, de modo que estas atividades não sejam as principais da empresa. Sobre a terceirização, há divergências. Existem aqueles que têm entendimento contrário a esta, alegando violação ao contrato de trabalho regido pela CLT e também a utilização abusiva por parte dos empresários. Há também os que são a favor dessa prática, acreditando ser um meio de aumentar a eficiência e a produtividade, para assim, reduzir custos.

Portanto, a flexibilização das leis é um assunto de amplo espectro, cujos estudos abordam diversas modalidades de utilização, podendo-se destacar a terceirização, que ocorre geralmente nas empresas, nos setores de limpeza, segurança, manutenção, entre outros. O capítulo seguinte versará de forma mais detalhada acerca do fenômeno da terceirização.

2 ENTENDENDO A TERCEIRIZAÇÃO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA DA TERCEIRIZAÇÃO

O surgimento da terceirização ocorreu de maneira definitiva durante a Segunda Guerra Mundial, quando os Estados Unidos aliaram-se aos países europeus visando combater forças nazistas, bem como o Japão. Com isso, as indústrias bélicas americanas ficaram sobrecarregadas, não conseguindo assim abastecer o mercado, nem tampouco aprimorar seus produtos e técnicas de produção (MARTINS, 2012, p. 1).

Dessa forma, as indústrias se viram obrigadas a delegar determinadas atividades de suporte a terceiros através da contratação destes, a fim de aumentar sua produção e, conseqüentemente, atender a demanda. Porém, necessário se faz o entendimento de que anteriormente havia relação entre terceiros, mas é só a partir desse importante marco que a terceirização passa a interferir no meio social e econômico. Rubens Ferreira de Castro (2000, p. 75) explana que:

Antes da II Guerra Mundial existiam atividades prestadas por terceiros, porém não poderíamos conceituá-las como terceirização, pois somente a partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia, autorizando seu estudo pelo Direito Social, valendo lembrar que mesmo este também sofre grande aprimoramento a partir de então.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a terceirização, que passou por uma grande evolução, se tornou definitivamente uma técnica administrativa eficiente quando utilizada adequadamente.

No Brasil, essa técnica passou a ser difundida por volta de 1950 quando trazida por multinacionais, principalmente no setor automobilístico, cujas empresas buscavam alcançar maiores níveis de produção em um curto período de tempo. Sérgio Pinto Martins (2012, p. 2), em conformidade com o tema, leciona que “no Brasil a noção da terceirização foi trazida por multinacionais na década de cinquenta, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio”.

Porém, foi na década de 1970 que a terceirização ganhou notoriedade, quando passou a ser objeto das primeiras regulamentações jurídicas, embora esta não fosse a nomenclatura utilizada à época.

Desta forma, analisando a Consolidação das Leis do Trabalho, há de se perceber sua precariedade ao tratar do tema, tendo em vista que sua edição ocorre no ano de 1943. Os artigos

455 e 652, inciso III, do texto legal supracitado, não tratam de forma específica do assunto, mas serviram de base para uma normatização específica sobre a terceirização trabalhista ao abordarem a empreitada e a subempreitada. No entanto, o país se deparou com um grande crescimento no que concerne às relações de trabalho. Isso ocasionou a participação das empresas brasileiras nesse processo, através da contratação de terceiros para prestação de serviços que não fossem de sua finalidade.

Assim, a terceirização começou a ganhar força no Brasil, fazendo com que as empresas aqui instaladas buscassem suprir o atraso tecnológico e viessem a competir com as multinacionais que chegavam ao país.

Em 1967, surgiu a primeira norma jurídica sobre a terceirização no âmbito da administração pública, qual seja o Decreto-Lei nº 200, que abordava a descentralização no setor público de serviços meramente executivos (SANTOS, 2008).

Ainda no âmbito da Administração Pública, em 1970 houve um avanço sobre a regulamentação da terceirização de serviços com a promulgação da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, a qual enumerava que tipos de serviços o setor público poderia terceirizar. Sobre esse período da evolução histórica, Maurício Godinho Delgado (2009, p.408) leciona:

A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil. A CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão-de-obra: a empreitada e subempreitada (art. 652, “a”, III, CLT). À época de elaboração da CLT, como se sabe (década de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial. [...] Em fins da década de 1960 e início dos anos 70 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização (ainda não designada por tal epíteto nessa época, esclareça-se). Mesmo assim, tal referência dizia respeito apenas ao segmento público (melhor definindo: segmento estatal) do mercado de trabalho – administração direta e indireta da União, Estados e Municípios. É o que se passou com o Decreto-Lei n. 200/67 (art. 10) e Lei n. 5645/70.

Nesse período, a economia brasileira se deparava com um forte crescimento e, devido a isso, foi inevitável que o fenômeno conhecido como terceirização também chegasse ao setor privado.

Inicialmente, a regulamentação desse setor se deu com a promulgação da Lei nº 6.019/74, que regulamentou os contratos temporários. E, posteriormente, a da Lei nº 7.102/83, que regulamentou os serviços de vigilância e transportes de valores por empresas terceirizadas em estabelecimentos financeiros (SANTOS, 2008).

Não obstante, nos anos de 1994 e 1995, as Leis de nº 8.863/94 e 9.017/95 trouxeram em seus artigos autorização para prestação de serviços, contratados por empresas terceiras, de vigilância patrimonial de pessoas físicas ou jurídicas e para transportes de quaisquer tipos de carga (MIRAGLIA, 2008).

Finalmente, a Lei nº 8.949, de 09 de dezembro de 1994 inseriu o parágrafo único do artigo 442 da CLT (BRASIL, 1943), que assim passou a dispor: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre eles e os tomadores de serviços daquela”.

No que diz respeito à evolução jurisprudencial, é de se observar que as súmulas do TST servem de norte para a aplicação do direito vigente, visando uma unificação no processo de hermenêutica e da compreensão de tal fenômeno.

O primeiro enunciado do TST que versou sobre o assunto foi a súmula nº 239 (BRASIL, TST, 1985), possuindo a seguinte redação: “É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico”.

Tal súmula visava o impedimento de burla e conseqüente fraude no setor financeiro. Com ela, tanto a empresa prestadora de serviços como o banco respondiam solidariamente pelos créditos trabalhistas e previdenciários de seus empregados.

No ano de 1986, a súmula nº 256 (BRASIL, TST, 1986) do TST foi aprovada, contendo a seguinte redação:

Súmula 256 – TST: Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Com a redação desta, a terceirização passou a ser tratada de forma absolutamente restrita, pois além de não considerar os serviços de conservação e limpeza como passíveis de serem terceirizados, não versou sobre as hipóteses de terceirização na Administração Pública, tornando-se retrógrada.

O Tribunal Superior do Trabalho, observando tal problemática, editou a súmula nº 257 (BRASIL, TST, 1986), com a seguinte redação: “O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário”.

A súmula nº 256 passou por uma revisão e acabou sendo cancelada, pois no ano de 1993, através da Resolução Administrativa do TST nº 23/93, foi aprovada em seu lugar a súmula nº

331, que será tratada mais adiante de forma aprofundada no quinto e último capítulo do presente trabalho monográfico.

2.2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA TERCEIRIZAÇÃO

Segundo Sérgio Pinto Martins (2012, p.6), “terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente”.

Ainda de acordo com Sérgio Pinto Martins (2012, p.10),

Diversas nomenclaturas são usadas com o intuito de designar a contratação de terceiros pelas empresas para prestação de serviços. Destacam-se as palavras focalização, subcontratação, terciarização e por fim terceirização mais conhecida e utilizada em relação ao tema. Cabe ressaltar que as expressões terceirização de atividade e terceirização de mão de obra, não são sinônimas possui significados distintos, sendo a terceirização de mão de obra referente a serviços, serviços estes desempenhados pelos trabalhadores e a terceirização de atividades diz respeito às atividades desempenhadas pela empresa.

Em uma relação convencional de trabalho, há dois polos, de um lado o empregado e do outro, o empregador. A terceirização, no entanto, surge como uma tendência econômica, a qual implica numa alteração do modelo típico vigente de relação de emprego (CAVALCANTE JUNIOR, 1996).

Essa alteração decorre do fato de que há a quebra da bipolarização, fazendo surgir um terceiro nessa relação, pessoa física ou jurídica.

Assim, há o nascimento de uma relação trilateral, onde nela constam: o obreiro, que realiza seus serviços junto à empresa tomadora de serviços; a empresa prestadora de serviços que contrata o obreiro, embasado na Consolidação das Leis do Trabalho, e a empresa tomadora de serviços, que é quem recebe a prestação dos serviços do obreiro, embora não assuma o papel clássico de empregador desse obreiro constante a esta relação (DELGADO, 2009).

O jurista Sérgio Pinto Martins (2012, p.10) leciona:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

O ilustre doutrinador Ophir Cavalcante Junior (1996, p.10) compartilha do mesmo entendimento ao definir a terceirização como “um processo através do qual uma empresa

repassa a outra empresa um determinado serviço ou a produção de um determinado bem, objetivando alcançar maior qualidade, produtividade e redução de custos”.

Também compartilhando do mesmo entendimento, porém de forma mais abrangente, Paulo Antônio Maia e Silva (2011, p.123) preceitua que:

A terceirização nas relações de trabalho consiste na contratação de serviços por uma empresa tomadora (destes serviços, que não poderão estar ligados às suas atividades-fim) a uma pessoa física ou jurídica que os prestará por meio de seus empregados ou trabalhadores, de quem receberão as ordens e o pagamento dos salários. Na terceirização ocorre a desvinculação entre a relação econômica e a relação de trabalho. Nela, o trabalhador irá se inserir no processo produtivo do tomador de serviços sem manter com ele qualquer vínculo trabalhista, o qual mantém com a empresa intermediadora.

A terceirização, portanto, é uma técnica administrativa que desvincula a relação econômica da relação de trabalho, consistente na contratação de um terceiro com a finalidade de prestação de serviços, por intermédio de uma outra pessoa ou empresa especializada, desde que tais serviços não sejam a finalidade da empresa contratante (SILVA, 2011).

E, dessa maneira, a terceirização passa a adentrar no mercado de trabalho, em especial ao brasileiro, como um artifício utilizado pelas empresas culminando numa melhor administração destas. Pois, ao terceirizarem serviços, as empresas não mais se preocuparão com suas atividades meio, passando apenas a focar no objetivo final, qual seja, a atividade fim (MARTINS, 2011).

Seu propósito consiste na redução de mão de obra e, em consequência, dos custos, resultando no aumento do lucro por parte do tomador de serviços e caracterizando-se como um meio eficaz de se evitar transtornos decorrentes de encargos trabalhistas.

Ademais, outro propósito da terceirização consiste na melhoria da qualidade na prestação dos serviços, em decorrência do fato de que há a transferência de determinadas atividades a empresas especializadas através da flexibilidade e agilidade que implicarão em uma maior capacidade de competitividade no mercado de trabalho.

Nesse contexto, o fenômeno conhecido como terceirização vem sendo cada vez mais adotado por órgãos públicos e empresas privadas no âmbito do mercado de trabalho brasileiro.

2.3 FUNDAMENTOS DA TERCEIRIZAÇÃO

Para Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 496), “a terceirização tem suas raízes em fundamentos econômicos básicos. A globalização e a crise econômica mundial levaram o

mercado interno a exigir maior produtividade por menores custos para melhor competir com o mercado externo”. Em diversas situações, o custo é simplesmente menor, em tempo e dinheiro, para uma empresa contratar alguém para fazer um trabalho ao invés de fazê-lo sozinha.

Para contratar pessoal próprio, a empresa precisa de muito planejamento, além da necessidade constante de treinamento de pessoal, o que demandaria bastante tempo e dinheiro. Isso sem mencionar os custos decorrentes de planos de saúde, alimentação, aposentadoria, dentre outros benefícios a que a empresa estaria obrigada a honrar contratando diretamente todos os seus funcionários.

Ao longo dos últimos 30 anos, o segmento privado da economia passou a incorporar práticas de terceirização da força de trabalho, mesmo não havendo lei alguma que as autorizasse exercer essa prática. Era o que se percebia, por exemplo, com o trabalho de conservação e limpeza (DELGADO, 2009).

Por esta razão, o trabalhador teve vários direitos flexibilizados ou até mesmo revogados, em afronta aos princípios norteadores do Direito do Trabalho.

2.4 ELEMENTOS DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é caracterizada pelos seguintes elementos: a) vínculo jurídico de natureza contratual (de direito privado ou de direito administrativo); b) relação trilateral (empresa tomadora, empresa prestadora e trabalhador); c) coexistência de obrigações complexas; d) especialização dos serviços; e) direção do trabalho pela prestadora do serviço; f) boa-fé entre as partes (SANTOS, 2008). A seguir, teceremos comentários acerca de cada um desses elementos.

2.4.1 Vínculo jurídico de natureza contratual

No plano jurídico, a terceirização se dá por um vínculo de natureza contratual. O instrumento utilizado é um negócio jurídico, devendo, assim, observar as características de todo e qualquer negócio, quais sejam, aquelas previstas nos incisos do artigo 104 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), ou seja, “I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

Para Rodrigo Coimbra Santos (2008, p.95), “a natureza jurídica será do contrato utilizado ou da combinação de vários deles, como: fornecimento de bens ou serviços, de empreitada, de locação de serviços, de concessão, de consórcio, entre outros”.

Apesar das particularidades relativas aos contratos administrativos, o vínculo também tem natureza contratual nos casos de terceirização ocorrida no serviço público. O fato de um dos polos da relação ser o Estado obriga os contratantes a levarem em conta, além das normas comuns a qualquer contrato, também os princípios peculiares da Administração Pública, previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O ordenamento jurídico garante o respeito mútuo ao que foi contratado entre as partes. Em caso de descumprimento, estão previstas sanções que, no âmbito do direito privado, em regra são nulidades e indenizações, que poderão ser aplicadas tanto no contrato entre o tomador de serviços e o prestador, quanto naquele entre o trabalhador e o prestador.

Além disso, caso reconhecida a nulidade no vínculo entre a empresa tomadora de serviços e a prestadora, poderá ser declarado o vínculo de emprego do trabalhador terceirizado diretamente com o tomador. Vale dizer que o contrato de trabalho vincula apenas o prestador de serviço e o trabalhador. Entre o prestador de serviços e a empresa tomadora haverá apenas um contrato de natureza civil, não de trabalho. Apenas em caso de descumprimento de alguma formalidade exigida pelo ordenamento jurídico é que se vai estender o vínculo jurídico trabalhista com a empresa tomadora (SANTOS, 2008).

2.4.2 Relação trilateral

A terceirização pressupõe a existência de três partes: a empresa tomadora de serviços, a empresa prestadora de serviços e o trabalhador. Caso não configuradas as três partes, não restará caracterizada a terceirização.

Como dito anteriormente, o vínculo existente entre a empresa prestadora e o trabalhador será de natureza trabalhista, havendo um contrato, portanto, de natureza trabalhista. Entre as duas empresas partes da terceirização haverá um contrato de natureza civil, que, de acordo com Rodrigo Coimbra Santos (2008, p. 99)

poderá apresentar a forma de um contrato de prestação de serviços, de empreitada, de locação de serviços, de concessão, de consórcio ou qualquer outra denominação que lhes derem as partes, desde que não exista norma jurídica que nomeie expressamente o contrato.

Ainda seguindo os ensinamentos das lições do autor acima referenciado, entre o trabalhador e a empresa tomadora

haverá uma relação de trabalho em sentido lato, que poderá adquirir várias formas jurídicas: relação de trabalho temporário (Lei 6019/79), relação de trabalho autônoma, sócio cooperativado, empreitada ou subempreitada de labor ou mista, entre outras. Algumas dessas formas de contratação exigem forma especial, como no caso do contrato de trabalho celebrado entre a empresa prestadora de serviços e o trabalhador temporário (Lei 6.019/74, arts. 11 e 12, § 1º), ou em caso de contratos de representação comercial autônoma (Lei 4.886/65, art. 27). Para os sócios de cooperativa deverão ser observados os requisitos da Lei 5.764/71, arts. 3º e 4º, combinados com os requisitos formais para a constituição de sociedades previstos no CC/2002. Com relação à empreitada e subempreitada, deve ser observada a necessidade de contrato por escrito, se o valor do contrato exceder a 10 salários mínimos, conforme os citados CPC, arts. 227 do CC/2002 e 401 (SANTOS, 2008, p. 99).

O autor enfatiza que, se a terceirização for lícita, nessa relação entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços haverá apenas uma relação de fato. A prestação material dos serviços ocorre para a tomadora, mas o vínculo jurídico existe apenas entre a prestadora e o trabalhador, desde que sejam observadas as formalidades exigidas pelo ordenamento jurídico.

É justamente esse o entendimento do TST que, por meio da súmula nº 331, inciso III, afirma que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviço de vigilância, de conservação e limpeza, bem como, a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que ausentes os requisitos essenciais da pessoalidade e da subordinação direta.

2.4.3 Coexistência de obrigações complexas

Sob o ponto de vista jurídico, a terceirização é constituída por um complexo de vínculos obrigacionais, com relações regulamentadas pelo Direito Civil e pelo Direito do Trabalho, sem excluir a possibilidade de incidência de outras normas de naturezas diversas (SANTOS, 2008).

A obrigação complexa é caracterizada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas. Neste sentido, pode ser modificada em seu conteúdo por acordo entre as partes ou em razão de regulamentação legal, subsistindo, porém, a conexão, ou seja, a interligação conforme o sentido dos diferentes elementos do todo (SANTOS, 2008).

Diante do exposto, pode-se afirmar que nas obrigações provenientes da relação trilateral da terceirização estão interligados os direitos subjetivos do trabalhador, da empresa terceirizada e da empresa tomadora de serviços e, dessa interligação, resulta o elemento da complexidade das obrigações decorrentes da terceirização.

2.4.4 Especialização dos serviços

Na terceirização, a empresa prestadora de serviços deve ser especializada naquele serviço que pretende prestar, visto que essa especialização é uma das principais finalidades e vantagens para a empresa tomadora, tendo em vista que essa busca a maximização de seus lucros, com incremento de produtividade e de qualidade do produto ofertado. Caso não haja essa especialidade, estaremos diante de fortes indícios de intermediação ilegal de mão-de-obra (SANTOS, 2008).

É, inclusive, em decorrência dessa especialização que o trabalhador terceirizado está sujeito a ordens de comando da empresa prestadora de serviços, que é quem entende bem da sua especialidade. Empregados terceirizados não se sujeitam ao poder de comando da empresa tomadora, exceto nos casos de trabalho temporário, nos termos da Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974.

2.4.5 Direção do trabalho pela prestadora dos serviços

Para que a terceirização seja considerada válida, é indispensável que na relação não estejam presentes, no caso concreto, os elementos caracterizadores da relação tradicional de trabalho, principalmente o elemento da subordinação, que é o principal requisito caracterizador da relação de emprego.

Dentre os direitos e deveres que se correlacionam em um contrato de trabalho, temos o direito do empregador de dirigir a prestação de serviços através do qual, conforme definição prevista no artigo 2º da CLT (BRASIL, 1942), “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Segundo Rodrigo Coimbra Santos (2008, p. 105), “esse direito de dirigir a prestação pessoal de serviço, também chamado de direito diretivo, possibilita ao empregador dar ordens ao empregado, que, por sua vez, deve cumpri-las, configurando-se aí a subordinação”.

Portanto, conforme doutrina do autor mencionado, “numa relação terceirizada, a empresa tomadora não poderá exercer nenhum ato em que reste configurada a direção direta sobre a prestação dos trabalhadores terceirizados”. A empresa tomadora contrata serviços diretamente com uma empresa prestadora de serviços, à qual se dirigirá quando houver reclamações, exigências, sugestões, combinações etc., durante a execução dos serviços, nunca diretamente ao empregado, vez que o poder diretivo da relação de emprego firmada é da empresa prestadora.

Dito isto, conclui-se que cabe à empresa prestadora de serviços, na qualidade de empregadora efetiva, contratar, assalariar e dirigir a prestação do trabalho, na forma do artigo 2º da CLT. A empresa tomadora nunca poderá dar ordens diretas aos empregados terceirizados que lhe estiverem prestando serviços, nem controlar o horário e tampouco pagar suas remunerações. Não pode, também, escolher os trabalhadores que prestarão o serviço, uma vez que a prestação pessoal de serviços (pessoalidade) é outro importante elemento caracterizador da relação de emprego (SANTOS, 2008).

2.4.6 Boa-fé entre as partes

A boa-fé é um princípio geral do direito, devendo estar sempre presente em qualquer tipo de relação jurídica, sobretudo numa relação atípica, como é a relação terceirizada, onde os direitos subjetivos de cada parte se entrelaçam de maneira muito complexa, gerando, por conseguinte, vínculos obrigacionais complexos.

Rodrigo Coimbra Santos (2008, p. 107) leciona que “a boa-fé, numa relação terceirizada de trabalho, deve estar presente desde a formação do vínculo jurídico contratual, passando pela execução do serviço se mantendo inclusive depois de cessada a contratação”. É essencial que todas as partes envolvidas numa relação trilateral tenham consciência da necessidade de manutenção da boa-fé de cada uma delas, evitando que sejam frustrados direitos de uma ou de outra em virtude de um descumprimento ou de uma fraude, situações que abarrotam nossos tribunais trabalhistas com reclamações fundadas, sobretudo, na quebra e no desrespeito a esse princípio tão básico, mas muito frágil.

Outro aspecto importante referido por Rodrigo Santos Coimbra (2008) é a problemática acerca da idoneidade da empresa prestadora de serviços, em especial de sua idoneidade econômica, questão que vai fundamentar muitas decisões de processos trabalhistas, especialmente quanto ao limite de responsabilidade (solidária ou subsidiária) da empresa tomadora na relação havida entre as partes.

Quanto a verificação da idoneidade econômica da empresa prestadora, surge uma controvérsia quanto ao momento em que essa deve ser verificada. Há os que entendem que ela deve ser verificada somente no ato da contratação e, assim, as modificações posteriores ocorridas no patrimônio da prestadora não devem modificar a presunção de boa-fé. Por outro lado, há os que entendem que a boa-fé deve ser constantemente auferida ao longo da execução do contrato, de modo a não dar ensejo a prejuízos ao trabalhador (SANTOS, 2008).

Segundo o autor anteriormente citado, o princípio da boa-fé está “intimamente ligado à chamada ordem de colaboração entre as partes”, formadora de uma unidade obrigacional, onde credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, mas sim, mantêm uma relação obrigacional como um todo.

O Código Civil Brasileiro de 2002 consagra a dupla feição do princípio da boa-fé, ou seja, a subjetiva, ligada à conscientização de cada parte de não estar lesando direito alheio ou agindo de forma ilícita, e a objetiva, como regra de conduta.

2.5 NATUREZA JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização de mão de obra possui natureza jurídica controversa, em virtude de se tratar de uma relação de trabalho distinta da convencional, ao ser detentora de uma relação triangular e não apenas bilateral, como visto anteriormente.

Assim, com o surgimento dessa nova concepção de relação trabalhista composta por um tomador de serviços, um prestador de serviços e um trabalhador, fica difícil definir a natureza jurídica da terceirização trabalhista, visto que se faz necessário a análise de vários preceitos.

Um desses preceitos, por exemplo, consiste no fato de que a terceirização pode ser utilizada tanto na produção de bens, como para prestação de serviços. Assim, a natureza jurídica irá variar a depender do tipo de terceirização utilizada. Embora possa haver variação do tipo de terceirização que venha a ser utilizada, e assim, uma consequente variação da sua natureza jurídica, sempre se farão presentes os elementos de diversos contratos, sejam eles, nominados ou inominados.

Ou ainda, a combinação de dois ou mais elementos de tais contratos, como exemplifica Sérgio Pinto Martins (2012, p.12):

Assim, poderá haver a combinação de elementos de vários contratos distintos: de fornecimento de bens ou serviços; de empreitada, em que o que interessa é o resultado; de franquia; de locação de serviços, em que o que importa é a atividade e não o resultado; de concessão; de consórcio; de tecnologia, know-how, com transferência da propriedade industrial, como inventos, fórmulas etc. A natureza jurídica será do contrato utilizado ou da combinação de vários deles.

Como bem exemplifica o ilustre doutrinador, a natureza jurídica da terceirização pode variar a depender do tipo de contrato que foi estabelecido entre as partes, havendo a possibilidade de um contrato conter elementos de contratos distintos ou permanecer apenas com

elementos de um mesmo contrato. Visto isso, importante salientar que a natureza jurídica da terceirização geralmente é a de um contrato de prestação de serviços, como ocorre nos casos de conservação, limpeza, manutenção, vigilância, dentre outros.

2.6 EFEITOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO

É de se destacar dois aspectos importantes da terceirização, quais sejam, em primeiro lugar, o confronto entre empregador aparente e empregado oculto proporcionado pela prática da terceirização e, em segundo lugar, o desafio isonômico que a terceirização gera no panorama jurídico. Mais adiante, serão tecidos comentários acerca desses efeitos jurídicos da terceirização.

A súmula 331 do TST dispõe que se configurada a terceirização ilícita, o vínculo de trabalho com o empregador aparente estará desfeito e o obreiro formará vínculo diretamente com o tomador de serviços e, uma vez formado este vínculo, incidirá sobre o contrato de trabalho todas as normas relacionadas a este, tal efeito se dará exclusivamente se tratar-se de terceirização ilícita. Nos casos de terceirização lícita, ou seja, nas situações amparadas pela súmula nº 331 do TST, o vínculo de trabalho com a empresa terceirizante continua como contratado inicialmente.

Quanto à isonomia salarial, mesmo que lícita a terceirização, há controvérsias no tocante ao tratamento dado ao trabalhador terceirizado perante aos trabalhadores admitidos pela tomadora de serviços e, tal confronto, terá resposta na legislação do trabalho temporário ao determinar que, nas hipóteses de terceirização lícita, é garantido ao obreiro terceirizado a mesma remuneração percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora de serviços, ou seja, trata-se de salário equitativo. Contudo, tal efeito é bastante discutido no âmbito jurídico, não sendo objeto deste estudo o aprofundamento em relação ao tema.

2.7 CLASSIFICAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

Sérgio Pinto Martins (2012) divide a terceirização em três estágios: inicial, intermediário e avançado.

Nos estágios inicial e intermediário encontram-se aquelas atividades que não estão ligadas diretamente à atividade principal da empresa. No inicial estariam as atividades não preponderantes ou não necessárias, como serviços de restaurantes, de creches, de limpeza, de conservação, de vigilância, de transporte, dentre outros. No estágio intermediário já se

vislumbra uma certa ligação à atividade principal da empresa, mas essa ligação é indireta. Trata-se da manutenção de máquinas, usinagem de peças e demais atividades que serão empregadas à confecção do produto final.

No estágio avançado estão as atividades terceirizadas diretamente ligadas à atividade-fim da empresa, como gestão de certos processos de implantação da qualidade total, algumas atividades de pesquisa e desenvolvimento ou, até mesmo, a gestão de outros fornecedores.

De acordo com o autor citado, quanto ao âmbito, a terceirização ainda pode ser externa ou interna. Na terceirização externa, são repassados para terceiros algumas etapas de produção, que são feitas fora da empresa, ou seja, a terceirização ocorre para fora da empresa. Já na interna, também são repassadas etapas de produção, sendo que as empresas terceirizadas trabalham dentro da própria contratante (linha de produção de automobilísticas, contratação de empresa de limpeza e conservação), ou seja, a terceirização ocorre para dentro da empresa.

Já no tocante à duração, o renomado autor menciona que a terceirização pode ser temporária ou permanente. A terceirização temporária é aquela adotada por curto período de tempo, para atender demanda eventual da contratante (normalmente é regulada pela Lei nº 6.019/74). Já a permanente ou de prazo indeterminado é aquela que pode ser contratada de forma contínua, por necessidade permanente da empresa terceirizante (como exemplo a atividade de vigilância). Ainda classifica a terceirização quanto à natureza da atividade da seguinte forma: atividade pública ou atividade privada, na medida da esfera onde os serviços terceirizados são prestados.

Vólia Bomfim Cassar (2011) também divide a terceirização em regular ou irregular e voluntária ou obrigatória. A terceirização regular é a prevista em lei e também a não prevista, desde que ocorra em atividade-meio e não estejam presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT. Enquanto que a irregular é aquela que fere a lei ou que é praticada em fraude ao direito. Já a terceirização voluntária é aquela em que o empresário escolhe se quer ou não terceirizar e a obrigatória é quando a lei impõe a contratação de trabalhador por empresa interposta.

A terceirização ainda é classificada quanto à atividade, em atividade-meio e atividade-fim. Tanto a doutrina como a jurisprudência definem como atividade-meio aquela que não é inerente ao objetivo principal da empresa, trata-se de serviço necessário, mas que não tem relação direta com a atividade principal da empresa, ou seja, é um serviço não essencial e, como atividade-fim, aquela que caracteriza o objetivo principal da empresa, a sua destinação, o seu empreendimento, normalmente expresso no contrato social.

Por fim, ainda pode-se classificá-la quanto aos efeitos, em terceirização lícita e ilícita. Em razão de sua importância para o estudo do tema, essa classificação será explanada em tópico próprio adiante.

2.8 LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização, na qualidade de um instituto amplamente utilizado e coligado às relações trabalhistas da nossa sociedade, faz *jus* à distinção de lícita ou ilícita, uma vez que, em algumas situações, o uso desse mecanismo moderno é ilícito quando atua diante dos direitos trabalhistas.

As situações que determinam a terceirização lícita são as previstas na súmula nº 331 do TST, ou seja, é a que observa os fundamentos legais atinentes aos direitos laborais, não havendo a pretensão de fraude e se distanciando da relação de emprego.

Segundo os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins (2012, p. 265), a terceirização legal ou lícita

é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego e para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não pode existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto aos seus empregados.

Quanto à terceirização ilegal ou ilícita, parte-se do pressuposto de que é aquela que se refere à locação permanente de mão-de-obra, que pode ensejar fraudes e prejuízo aos trabalhadores.

A base da relação de emprego pressupõe a existência de um contrato de trabalho em que estejam presentes os requisitos da pessoalidade, da continuidade, da onerosidade e da subordinação, e a interposição de um terceiro para contratar o trabalhador inserindo-o no âmbito do tomador de serviço, a princípio, constitui fraude, uma vez que o empregado será admitido para prestar serviços, cujo salário e direção não serão feitos por quem o contratou e sim pelo tomador, que terá a qualidade de seu empregador.

Ressalta-se que, se excluídas as hipóteses de terceirização lícitas enunciadas na súmula nº 331 do TST, não existe no direito pátrio, ordem jurídica para legalizar e validar contratos das

quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, pessoais, subordinados e onerosos a outrem, cujo tomador não responda juridicamente pela relação de emprego ora estabelecida.

Deve ser frisado que em qualquer dos casos de terceirização ilícita deve ser verificada a existência de pessoalidade e subordinação dos empregados perante a empresa tomadora dos serviços, de maneira que quanto maior a incidência de subordinação, menor é o grau de autonomia da empresa prestadora dos serviços e maior é a probabilidade de desvio na terceirização trabalhista (DELGADO, 2003).

Por fim, a terceirização pode configurar-se lícita ou ilícita tanto no setor público quanto no privado. Em virtude de a terceirização no âmbito da Administração Pública ser o alvo do presente trabalho monográfico, será analisado em capítulo posterior à parte. No entanto, antes de adentrar no assunto, referenciamos outras hipóteses de terceirização lícita, a exemplo do trabalho temporário, dos serviços de vigilância, transporte de valores e segurança, dos serviços de conservação e limpeza e dos serviços especializados ligados à atividade-meio do contratante.

O primeiro caso de terceirização lícita está previsto no inciso I da súmula nº 331 do TST, que proíbe a contratação de trabalhadores por empresa interposta, pois nesse caso, forma-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, mas abre uma exceção ao permitir a contratação em casos de trabalho temporário.

A Lei nº 6.019/74 (BRASIL, 1989) regula detalhadamente a terceirização firmada mediante utilização do trabalho temporário, trazendo em seu artigo 2º quais as circunstâncias autorizadas desse tipo de terceirização, quais sejam, a) necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente da empresa tomadora e b) acréscimo extraordinário de serviços.

Outro caso diz respeito a possibilidade de terceirização de serviços de vigilância, transporte de valores e segurança que está prevista no inciso III da súmula nº 331 do TST. Nesse tipo de terceirização, a empresa prestadora dos serviços de segurança, vigilância e transporte de valores admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços que é prestada continuamente no estabelecimento da tomadora de serviços.

A duração desta espécie de terceirização é por período indeterminado, diferentemente do que ocorre no trabalho temporário em que se dá por prazo certo, como está expresso no próprio corpo legal que o regulamenta. O vigilante é um profissional diferenciado, regido pela Lei nº 7.102/83 e pela súmula nº 257 do TST.

Já os serviços de conservação e limpeza não são disciplinados em lei própria como na hipótese de vigilância, obtendo a licitude apenas por contemplarem hipótese de terceirização

expressamente admitida pelo inciso III da súmula nº 331 do TST, tendo em vista sua natureza ser, a princípio, de atividade-meio do tomador de serviço.

As atividades de limpeza e conservação eram consideradas pelo TST como ilícitas até 1993, e com a edição da súmula nº 331, passaram a ser admitidas como hipóteses lícitas de terceirização, no que se refere às contratações de trabalhadores, via terceirização, ocorridas após a vigência da Constituição Federal de 1988, não obstante, não haja lei que discipline esta atividade.

A terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, por sua vez, trata-se da última situação expressamente prevista no inciso III da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e, como nas demais, possui vedação expressa a prestação dos serviços mediante pessoalidade e subordinação direta com o tomador.

2.9 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

De acordo com o Jornal Diário do Comércio (2008, edição 1595), “a terceirização trabalhista movimentada, no mundo, por volta de quatro trilhões de dólares anualmente, segundo dados do IAOP (International Association of Outsourcing), apreendidos em Orlando, nos Estados Unidos, entre 18 e 20 de fevereiro de 2008”.

Assim, percebe-se que a terceirização é uma prática que se faz presente na sociedade nos dias atuais. É tratada como um comportamento cotidiano nas empresas, cujo escopo é desenvolver não somente a competitividade, aumentar a produtividade e diminuir os custos com pessoal e encargos sociais, a curtos espaços de tempo.

É vista como procedimento que tenta otimizar o processo produtivo, acelerando a produção, diminuindo os gastos e suprimindo os estoques. As empresas têm buscado melhorar a qualidade de seus serviços e produtos concentrando-se em sua atividade-fim, objetivando ganhar maior competitividade nos respectivos setores da economia.

Nota-se que a terceirização tem sido uma realidade cada vez mais presente na nossa sociedade, de modo que tentar extingui-la seria completamente irrealizável. Assim, a forma mais viável para a consolidação dessa prática seria a sua regulamentação, de maneira a proporcionar um balanceamento entre os dois lados dessa relação trabalhista, ou seja, o empregado e o empregador.

Em um primeiro instante, a terceirização aparece como uma forma extremamente vantajosa. Luiz Carlos Amorim Robortella (1994, p. 938) propõe que:

Um dos aspectos mais atraentes da terceirização vem da possibilidade de transformar custos fixos e variáveis, eliminar boa parte das operações não essenciais e liberar o capital para a aplicação na melhoria do processo produtivo, em novas tecnologias, e em novos produtos.

Nesse sentido, teríamos a terceirização como sendo a grande responsável por desenvolver a possibilidade de competitividade entre as empresas, já que, segundo Sérgio Pinto Martins (2012, p. 27) “incrementa a produtividade e a qualidade na produção, originando competitividade no mercado, o que pode baratear o preço dos produtos”, gerando assim, vantagens para a sociedade.

Finalmente, há quem defenda a terceirização como uma possibilidade de exterminar as crises de desemprego que se ateiam em todo o mundo, pois, mesmo que incerto, abre portas de empregos, propiciando o acréscimo socioeconômico dos países que a implementaram. Na abalizada visão de Rubens Ferreira de Castro (2000, p. 80),

a aplicação desta técnica de administração gera o crescimento do número de empresas dentro da economia nacional, sendo que essas aumentam o número de postos de trabalho, com vantagens refletidas na área social. [...] Essa importância é mais intensa no campo econômico e social pois um dos principais objetivos do Direito do Trabalho, é o pleno emprego, a garantia de trabalho para todos.

Por outra visão, se questiona acerca da terceirização dentro do contexto da flexibilização trabalhista, que traz em seu bojo diversos benefícios para as empresas terceirizantes. Contudo, existem óbvias desvantagens à prática da terceirização, principalmente no que tange a pessoa do trabalhador.

Cumpre salientar que, ao contrário do que muitos imaginam, a terceirização também possui a capacidade de proporcionar perdas descomedidas para a empresa terceirizante, pois como tem a tendência de aumentar o índice de desempregos, conseqüentemente, reduzirá também o mercado consumidor, gerando uma queda nas vendas e simultaneamente nas benesses da empresa.

A propósito, esta contradição é registrada na lição de João Bosco Leopoldino da Fonseca (1999, p. 217):

O fato é que se a busca por ganhos de produtividade acaba com o emprego, entendido como a relação tradicional de trabalho, estável e dependente entre empregado e empregador, criando uma demanda por trabalho, sem vínculo estável. O novo trabalhador não se enquadra mais no sistema fordista. A especialização é substituída pela generalização. A relação de trabalho tradicional tende a se reduzir, bem como o desemprego a aumentar. Essa situação traz uma contradição em si ao reduzir o emprego e o número de empregados, reduz a renda disponível para o consumo. Assim, desemprega-se para ganhar a produtividade e lucrar mais (ou não perder lucro para a

concorrência). Mas a consequência é a redução de consumo, queda nas vendas, perdas da lucratividade.

Além disso, acrescenta Gabriela Neves Delgado (2003, p. 171):

O mecanismo terceirizante também estimula processo de alta rotatividade da mão-de-obra, sobretudo no que concerne às empresas tomadoras de serviços, causando insegurança no emprego e insuflando sentimentos de individualidade nas relações de trabalho.

A terceirização, como qualquer modelo de gestão, apresenta vantagens e desvantagens para a empresa. Discute-se muito acerca do que essa prática pode ocasionar, mas o que tem visto, na realidade, são mais vantagens do que desvantagens. Na maioria das vezes os benefícios são sempre dos empregadores, enquanto a classe trabalhadora vê seus direitos tolhidos ou mesmo ausentes.

O exercício da terceirização é muito atrativo para os empresários, visto que para estes, consiste em uma descentralização das atividades não essenciais do empreendimento, como forma de diminuir custos e aumentar a produtividade e a eficiência, ou seja, proporcionando uma mão-de-obra mais barata e até mesmo mais eficaz. Porém, para o obreiro nem sempre traz tantos benefícios; ao contrário do empregador, o obreiro na maioria das vezes sai prejudicado, tendo seu salário reduzido e estando submetido a uma subordinação dupla, ou seja, tanto por parte do chefe da empresa onde labora quanto por parte do chefe da empresa que está terceirizando seu trabalho. Além disso, chegam a ser muitas vezes discriminados pelos empregados efetivos da tomadora de serviços.

Não obstante sobreviva sob o contexto de desenvolvimento econômico e competitividade no mercado, a terceirização incide, efetivamente, numa precarização das relações laborais em que o empregado tem seus direitos fragmentados. Porém, o que preocupa ainda mais a perpetuidade dessa situação é a falta da legislação específica sobre o tema, de modo que esta prática desrespeita os princípios trabalhistas, os quais protegem o trabalhador hipossuficiente.

3 TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 SURGIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização no setor público teve início legal a partir do Decreto-Lei nº 200/67, o qual recomenda que a Administração Pública recorra, sempre que possível, à execução indireta de algumas atividades, mediante contrato e desde que satisfeitas algumas condições. Senão vejamos o disposto no artigo 10, § 7º do referido Decreto (BRASIL, 1967):

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A terceirização, porém, se desenvolveu mais rapidamente após o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado no ano de 1995, quando foram criadas novas carreiras de nível superior e extintos cargos de nível médio e intermediário, adotando-se a política de contratação desses serviços.

Na Constituição Federal de 1988, também há previsão do instituto. O inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna permitiu a contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública, desde que houvesse lei específica prevendo licitação e regras para os contratos a serem realizados. Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 8.666/93, denominada Lei de Licitações e Contratações Públicas, a qual deu início à proliferação de contratos no país.

Posteriormente, foi editado o Decreto Federal nº 2.271/1997 que veio para disciplinar a contratação de serviços na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabelecendo um rol de atividades que devem ser preferencialmente executadas de forma indireta: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

No mesmo ano, o Ministério do Orçamento e Gestão da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio expediu a Instrução Normativa/MARE n.º 18/97, visando disciplinar a contratação de serviços a serem executados de forma indireta e contínua, celebrados por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG), a qual foi revogada posteriormente com a publicação da Instrução Normativa nº 2/2008 pela Secretaria

de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Essa norma veio para suprir a ausência de regras específicas sobre planejamento e acompanhamento das contratações de serviços de terceiros pela Administração, constatadas em diversas deliberações do Tribunal de Contas da União (TCU) como aspectos relevantes, porém não tratadas na Instrução Normativa/MARE nº 18/97. Recentemente, a fim de disciplinar outros aspectos não presentes na IN nº 2/2008, porém necessários para o disciplinamento das contratações, foram expedidas as Instruções Normativas nº 3, 4 e 5/2009 pela SLTI.

Depreende-se, então, que as bases legais e normativas da terceirização no âmbito da Administração Pública Federal atualmente são: Lei nº 8.666/93, Decreto Federal nº 2.271/97, IN nº 2/2008 – SLTI e suas alterações, além da súmula nº 331 do TST e, apesar de não se constituírem-se em normas, devem ser considerados também os entendimentos constantes das deliberações do Tribunal de Contas da União, como o seu Acórdão nº 1.214/2013.

3.2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De modo inverso a um particular, que pode fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração Pública só poderá agir seguindo os ditames expressamente previstos em lei (Princípio da Legalidade Estrita).

A Administração Pública, por meio da execução indireta, pode celebrar contratos administrativos com empresas particulares, como disciplinado no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, para o fornecimento de bens, mão-de-obra, serviços, entre outros. Ao repassar suas atividades administrativas, dá-se o nome de terceirização, onde há a transferência de seus serviços a terceiros. Ultimamente, a prática do instituto da terceirização é inteiramente possível, em virtude da Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 8.666/93), anteriormente mencionada.

A Carta Magna permite que o ente público se utilize de amparo privado, desde que, a finalidade principal seja o interesse público. Como sendo uma despesa pública, a terceirização deve estar contemplada na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), cujo artigo 18, §1º (BRASIL, 2000), dispõe que “os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados com outras despesas de pessoal”. Desse modo, os acordos de mão-de-obra, provenientes da terceirização, na qual se troca servidores ou empregados efetivos por pessoas

estranhas ao quadro de pessoal permanente, deve ser qualificado como “outros gastos de pessoal”.

Assim, o Poder Público transfere a terceiros atividades delegáveis, ou seja, a estes são repassados serviços intermediários, que não se caracterizem como atividade-fim.

Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p.40) situa a terceirização no conceito de privatização, mencionando:

O termo (privatização) abrange uma acepção ampla e outra restrita. Genericamente pode-se englobar no conceito amplo de privatização todo um conjunto de medidas adotadas com o objetivo de diminuir a influência do Estado na economia, ampliando a participação da iniciativa privada em uma série de atividades antes sob controle estatal. Essa concepção ampla abrange a venda de ativos do Estado, notadamente com a transferência do controle acionário de empresas estatais (desnacionalização); a desregulamentação, diminuindo a intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive com a flexibilização das relações trabalhistas e a desmonopolização de atividades econômicas; a concessão, permissão ou autorização de serviços públicos e a adoção, cada vez mais freqüente, de contratações externas (contracting out), com a celebração de ajustes para que a iniciativa privada desempenhe atividades no âmbito do setor público. Essas contratações têm sido, no direito brasileiro, denominadas de terceirização.

Já o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 dispõe que qualquer entidade privada que preste serviços públicos, direta ou indiretamente à coletividade, precisa se submeter ao processo licitatório, disposto em lei. Dessa forma, é importante frisar o conceito de licitação, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 350):

Pode-se definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Importante se faz ressaltar que a terceirização ou locação de serviços não se confunde com a concessão ou permissão de serviços públicos, pois nestes, os serviços são transferidos como atividade-fim, sendo este executado pelo particular, em nome próprio, remunerado pelos usuários dos serviços.

A terceirização de serviços especializados nem sempre sai mais barato para os cofres públicos, todavia, na grande maioria, esse exercício se torna ainda mais viável para a Administração Pública, tornando-se para o Estado cada vez mais adequado concretizar contratos com empresas terceirizadas para a realização de atividades acessórias, ao invés de realizar concurso público para nomear servidores/funcionários. Esta etapa diminui a burocracia

e, na maioria das vezes, o particular especializado é mais eficiente na realização de determinado serviço, assim, o ente público se dedica à atividade a qual é particularizado.

Desta maneira, podemos elencar condições para que a terceirização no Setor Público ocorra de forma que seja estabelecido um vínculo entre a Administração Pública e a empresa prestadora de serviços, e nunca entre o órgão público e o trabalhador que irá prestar o serviço. Assim, não deve haver subordinação e pessoalidade entre o assalariado da contratada e a Administração Pública, bem como também devem inexistir cargos adequados às atribuições da mão-de-obra contratada. Ademais, os instrumentos e equipamentos essenciais para o cumprimento das atividades terceirizadas deverão ser custeados pela fornecedora de mão-de-obra.

Ainda, para que seja viável a terceirização na administração pública, é necessário que o Ente Público se assegure da constatação dos seguintes requisitos: (a) que os entes e órgãos da administração pública possam concentrar-se (DL nº 200/67, art. 10, § 2º) nas atividades de suas competências para delas melhor desincumbir-se (DL nº 200/67, art. 10, § 7º); (b) impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa (DL nº 200/67, art. 10, § 7º); e (c) promover a economicidade e melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis (Decreto nº 2.271/97, art. 2º, III) (AMORIM, 2009, p. 94).

Por outro lado, importante reiterar que a terceirização deve ser feita nos moldes das normas que a regulam, ou seja, a terceirização só poderá ser realizada na Administração Pública se estiver dentro das hipóteses de cabimento, bem como se for viável o cumprimento do objetivo legal, ou seja, o interesse público.

Por isso, conclui-se que a terceirização implantada na Administração Pública será sempre realizada mediante contrato estabelecido diretamente com o prestador de serviços e nunca com o empregado desta.

Por fim, a terceirização de serviços ou locação de mão-de-obra terceirizada no âmbito da Administração Pública é inteiramente admissível, abalizado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na Lei Federal nº 8.666/93. No entanto, é relevante frisar que esta prática não deve ser desenvolvida com o desígnio de burlar a lei, de maneira a não realizar concurso público para o ingresso de novos servidores/funcionários, por exemplo; sendo este o modo mais justo e que deve valer-se na Administração Pública.

3.3 HIPÓTESES DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p.116), “na terceirização (em sentido estrito), o Poder Público não delega a gestão estratégica nem operacional, apenas repassa a execução material de determinado serviço”. Não se trata, pois, de uma gestão de serviço público, mas de prestação de serviço público.

Segundo a autora, a gestão estratégica está ligada à definição das estratégias e macro objetivos. A gestão operacional refere-se à forma como as atividades serão realizadas e o último nível caracteriza-se pela simples execução material das atividades.

Importante frisar que a Administração Pública só pode adotar formas de terceirização que estejam previstas em lei, sob pena de ilegalidade do ato praticado e responsabilização do agente que o praticou e, em regra, que sejam precedidas de licitação (MARTINS, 2012).

Verifica-se então que, por meio da terceirização, a Administração Pública se utiliza dos meios privados da execução dos serviços para transferir a execução material mantendo, contudo, a titularidade do serviço público, a qual é constitucionalmente atribuída a ela (RAMOS, 2001).

A propósito, entende-se por serviço público toda e qualquer atividade que o Estado ou algum de seus delegados desenvolvam, com o objetivo de satisfazer as necessidades essenciais da coletividade.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 671) conceitua serviço público nos seguintes termos:

Serviço público é a atividade consistente na oferta de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade e cujo desempenho deve se efetuar sob regime jurídico de direito público, isto é, outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.

Como visto, a terceirização dos serviços públicos, referentes às atividades-meio da Administração Pública, é autorizada pelo Decreto Lei nº 200/67, por meio de seu artigo 10º, § 7º. Nesse contexto, observa-se que desde 1967 é válida a contratação de empresas por parte da Administração Pública para prestação de serviços que não digam respeito à sua atividade-fim com o intuito de desafogar as obrigações pertinentes ao órgão público.

Por outro lado, ainda que a contratação de trabalhador se dê de forma irregular, mediante empresa interposta, não implicará em geração de vínculo empregatício diretamente com o ente público, isso porque a contratação de trabalhador sem concurso público pela Administração

Pública direta e indireta é nula, nos termos do artigo 37, II, § 2º da CRFB e súmula nº 363 do TST.

No entanto, para que a terceirização seja lícita, em virtude da inexistência do concurso público, haverá a necessidade do processo licitatório para a contratação desses serviços. A Lei nº 8.666/93 traz em seu corpo normas para licitações e contratos da Administração Pública com terceiros que prestarão serviços a ela. Traz ainda, a definição do que vem a ser serviço, conceituando-o como toda atividade voltada a obtenção de determinada utilidade para a administração (ROCHA, 2012, p. 35).

Em sua obra, Sérgio Pinto Martins (2012, p.153-154), apresenta algumas formas de terceirização (em sentido amplo) permitidas para a Administração Pública, destacando-se:

1. Contratação temporária de servidores para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público nos casos de calamidade pública, combate a surtos endêmicos, recenseamentos, admissão de professores substitutos ou visitantes, atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou encargos temporários e serviços de Engenharia (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.745/93).
2. Concessão e permissão da prestação de serviços públicos, regulado pela Lei nº 8.987/95. Sendo que a concessão “é o contrato administrativo em que a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço, obra pública, ou cede o uso de um bem público, para que o execute por sua conta e risco, no prazo e condições estabelecidas, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração” e a permissão “é um ato administrativo unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso, em que a Administração Pública delega ao particular a execução de um serviço público ou a utilização de um bem público”.
3. Execução de serviços de saúde e ensino pela iniciativa privada como forma de complementar os sistemas públicos, conforme artigos 199 §1º e 209 da Lei Magna”.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 6º, inciso II (BRASIL, 1993), ao definir a contratação de serviços pela Administração Pública, apresenta também um rol exemplificativo das atividades terceirizáveis mediante contrato: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais.

Portanto, não há dúvidas quanto a possibilidade de terceirização na Administração Pública, transferindo para outra empresa as atividades que sejam secundárias ao objetivo principal do Estado, a fim de que este possa se concentrar exclusivamente nos serviços considerados prioritários.

O que existe, na verdade, é um largo impasse a respeito da possibilidade de responsabilizar ou não a Administração Pública quando se estiver diante de inadimplência das verbas trabalhistas da empresa prestadora de serviços perante seus trabalhadores.

Ademais, insta mencionar que, quando a contratação de empresa prestadora ocorrer pela Administração Pública, é primordial que esta se atente aos princípios previstos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

É importante frisar que o princípio da legalidade e o da eficiência são essenciais para a concretização da terceirização no setor público, posto que no primeiro caso, a entidade estatal está restrita às disposições legais e, no segundo, verifica-se a própria razão da terceirização, no sentido de que a Administração Pública deverá sempre buscar aperfeiçoar a prestação de seus serviços, melhorando sua qualidade.

No que tange a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, esta encontra supedâneo nos princípios constitucionais da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da consagração dos direitos sociais, dentre outros, todos propensos à exaltação da dignidade do trabalho e da pessoa do trabalhador.

No entanto, há outros princípios que podem ser encontrados fora da Constituição Federal de 1988, mas que são fundamentais para o entendimento da terceirização na Administração Pública. A seguir, trataremos sobre dois princípios elementares: o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público, além do basilar princípio da legalidade.

3.3.1 Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público

O regime jurídico do Direito Público, que rege o Direito Administrativo, caracteriza-se pela supremacia e indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público sugere que os interesses das relações privadas não podem prevalecer sobre o interesse público. Por sua vez, a indisponibilidade do interesse público significa a impossibilidade de renúncia do agente público quanto ao cumprimento do interesse público (JUSTEN FILHO, 2005).

Observe-se que o interesse público não pode ser confundido com interesse da Administração, mas deve visar sempre o bem-comum da coletividade. Especificamente quanto ao tema do presente trabalho, os contratos administrativos entre entidade pública e terceiros – entre os quais se enquadra o de terceirização – destacam-se pela necessidade de ver o interesse público satisfeito (MELLO, 2010).

Logo, a terceirização na Administração Pública será possível desde que seja conveniente para o interesse público, para o bem-comum da coletividade.

Dito isto, cabe à Administração Pública, nas contratações de empresas prestadoras de serviços que efetuar, verificar se há, de fato, interesse público que justifique a terceirização de atividades que, a princípio, foram incluídas no seu rol de competência (LUDWIG, 2007).

Apenas se viável o cumprimento dos objetivos legais e, portanto, do próprio interesse público, deverá o Estado optar pela terceirização.

Cumprir observar, ainda, que diferentemente do que ocorre na terceirização no âmbito privado, não é a redução de custos e a aferição de lucros que estimula a terceirização no setor público, mas sim a necessidade da eficiência da atividade, com o propósito de atender o interesse público e satisfazer os anseios de toda a coletividade.

No entanto, é primordial lembrar que, quando constatada a supremacia do interesse público, é necessário e essencial a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que visa defender o interesse individual frente à ameaça insurgida pelos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado.

Dessa forma, a prática da terceirização no serviço público deve ser condicionada pela realização de finalidades de interesse público, subordinando-se a contratação e consequente inserção de particulares no seio da Administração ao atendimento, também por parte dos entes privados, do bem-comum, sem, contudo, violar a dignidade da pessoa humana.

3.3.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a ele devendo respeito toda a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 63):

No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Por sua vez a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, o que implica dizer que ela só pode fazer aquilo que a lei permite.

No que concerne a terceirização no âmbito público, Helder Amorim (2009, p. 93-94) a vislumbra como:

Uma técnica de organização administrativa de que se valem os órgãos e entes públicos para obterem auxílio da iniciativa privada no exercício de suas competências, quando estas estiverem relacionadas a tarefas de apoio administrativo legalmente autorizadas.

O princípio da legalidade está fortemente presente quando a Administração Pública pretende terceirizar algum serviço, posto que esta intenção será concretizada através de contrato administrativo, devendo a parte contratante estar adstrita fielmente ao disposto na Lei nº 8.666/93, que trata sobre licitações e contratos da Administração Pública.

Assim, a terceirização no serviço público apenas é admitida nos estritos moldes legais, em consonância com o princípio da legalidade. Por influência deste princípio, a terceirização no setor público encontra-se limitada pelo ordenamento jurídico, conforme será visto a seguir.

3.4 LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dada a prática desmesurada da terceirização no setor público, muitas vezes contrariando os limites impostos pelo ordenamento jurídico, faz-se mister traçar as delimitações contidas nas normas vigentes acerca do tema. Oportuno destacar que implicará em fraude o desrespeito à tais limites.

Neste sentido, Jair Teixeira dos Reis (2008, p. 78), ao tratar sobre a matéria, dispõe que:

A terceirização sem limites configuraria fraude à disciplina constitucional para o provimento de cargos na administração pública, assentada na livre acessibilidade e na seleção mediante concurso. Assim, o grande problema surgido em torno da terceirização na administração pública, principalmente a partir da vigência da Carta Constitucional de 1988, foi, sem dúvida, a sua utilização como válvula de escape à realização de concursos públicos, com vistas a atender à regra prevista no artigo 37, II.

Neste espeque, ao tratar sobre os limites da terceirização na administração pública, há de se lembrar sobre o regime jurídico de direito público, que rege o direito administrativo, o qual caracteriza-se pela supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público, conforme já foi analisado anteriormente.

Verifica-se que, nos contratos administrativos firmados entre o ente público e terceiros, é imprescindível a existência de interesse público que motive a assim fazer.

Para Flávio Freitas Faria (2001, *online*), cabe a análise de, no mínimo, três possíveis diretrizes para a fixação de limites à terceirização na Administração Pública. Além da necessidade de interesse público, como já comentado, o autor destaca como segunda limitação a exclusão da possibilidade de terceirização da própria atividade-fim do órgão da Administração

Pública. Percebe-se assim, que é permitido a Administração Pública utilizar a terceirização para realização de atividades intermediárias ou para complementar a atividade-fim do Estado, nunca o ente privado exercendo este integralmente.

Como já amplamente discutido, a Administração Pública não poderá delegar a terceiros atividades essenciais à máquina estatal.

Contudo, mesmo no que concerne às atividades-meio, o autor pondera que a contratação de serviços deve obedecer a algumas limitações. Dessa forma, não será viável a execução indireta de algumas atividades quando existir cargos permanentes, no quadro funcional do órgão ou entidade, cujas atribuições sejam exatamente as de exercer essas atividades. Essa diretriz é consequência direta da exigência constitucional de concurso público, que poderia ser burlada caso a administração, ao invés de realizar o certame da espécie, pudesse optar pela contratação externa de serviços (FARIA, 2001).

Sob essa hipótese, a fraude ao concurso seria eventualmente completada quando o prestador dos serviços aquiescesse em empregar pessoas recomendadas pela autoridade contratante. Apesar de tratada com maior flexibilidade, notadamente em relação às empresas estatais, a diretriz de proibição de contratação de terceiros para a execução indireta de atividade do quadro funcional no órgão ou entidade foi explicitada, no âmbito do Executivo Federal, pelo parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto 2.271/97 (FARIA, 2001).

A terceira diretriz impeditiva de execução indireta de atividades própria de órgãos e entidades públicas reside no exercício do poder de polícia e na prática de atos administrativos em geral. E aqui, especificamente, encontram-se as auditorias que dispõem de legislação própria para o provimento e exercício das funções fiscalizadoras e dos quais faz parte a Auditoria Fiscal do Trabalho, nos termos da Lei 10.593, de 06.12.2002 (FARIA, 2001).

Resta nítido que o ordenamento brasileiro prevê alguns limites à terceirização por parte da Administração Pública, excluindo, por exemplo, a possibilidade de terceirização da própria atividade-fim da Administração. Logo, o Poder Público não pode delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua própria razão de ser. Além disso, em atenção ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, não é possível a terceirização de mão-de-obra, consubstanciada na contratação de pessoal por empresa interposta; destarte, não pode haver, entre a Administração Pública e os trabalhadores (contratados pelo ente terceirizado) elementos que caracterizem relação de emprego, como a subordinação jurídica, expressamente vedada pelo artigo 4º, inciso IV, do Decreto nº 2.271/97, e a pessoalidade – o objetivo da terceirização deve ser a contratação de uma atividade, sendo irrelevante, pois, a identidade das pessoas que a executam.

No âmbito das relações entre particulares, deve ser ressaltado que o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Por sua vez, a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, o que significa dizer que ela só pode fazer aquilo que a lei permite (DI PIETRO, 2009).

Portanto, em caso de extrapolação dos limites legais traçados referentes à terceirização na Administração Pública, violando, assim, o princípio da legalidade, ter-se-á fraude, gerando possibilidade de se atribuir responsabilidade ao ente público, contudo, sem formar vínculo empregatício com o mesmo.

Quando a terceirização é feita sem amparo legal, surge, para o tomador (Ente Público) a responsabilização diante do descumprimento das obrigações legais, conforme será analisado adiante.

3.5 PROCESSO LICITATÓRIO

A licitação é um processo administrativo que tem por finalidade garantir um melhor contrato para a Administração Pública, bem como assegurar à todos igualdade de condições para uma conseqüente concorrência impessoal e objetiva.

Para Hely Lopes Meirelles (2011, p. 283), licitação é:

o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o qual propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.

Desta forma, a licitação é um processo realizado no âmbito do Poder Público, pelo qual vai ser escolhida a prestadora de um determinado serviço de natureza pública, no seu sentido amplo, observando os requisitos da lei. A Carta Magna preceitua em seu artigo 37, inciso XXI, que qualquer entidade privada que venha a prestar serviços públicos, direta ou indiretamente à coletividade, tem que se submeter ao processo licitatório, previsto legalmente. Assim, a licitação é requisito indispensável para a concretização de uma terceirização.

Como já comentado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca em seu artigo 37 uma série de princípios que devem ser observados pela Administração Pública, dentre os quais se encontra o princípio da legalidade, afirmando que ao ente público só será permitido aquilo que a lei prever, diferentemente do princípio da legalidade atribuído aos

particulares, que afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme dispõe o artigo 5º, inciso II, da Carta Magna de 1988.

As empresas que obtêm o direito da realização dos serviços especializados através da licitação só poderão exercê-los nas denominadas atividades-meio da Administração Pública, e é neste contexto que o artigo 6º, inciso II, da Lei nº 8.666/93 trouxe o conceito de serviço com os seus consequentes tipos. Entretanto, o referido rol do artigo é meramente exemplificativo, de forma que o artigo 72 da referida Lei autoriza a subcontratação de obras ou serviços até o limite autorizado pela Administração Pública.

É de se observar que as empresas prestarão os serviços especializados diretamente aos entes públicos e não à sociedade, pois tais serviços não se caracterizam como essenciais ao Estado. Com a realização do devido processo licitatório, evita-se que o Estado sofra com o rigoroso processo burocrático, além de poupá-lo de realizar concursos públicos, fazendo com que o ente público possa direcionar todas as suas diretrizes para as suas respectivas atividades essenciais.

Desta forma, para que a terceirização na Administração Pública tenha o referido respaldo legal, é necessário o cumprimento dos requisitos da Lei nº 8.666/93, qual seja a Lei de Licitações e Contratações Públicas, a começar pelo regular processo licitatório, além dos requisitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, especialmente no seu artigo 37, como também a observância das diretrizes estabelecidas na súmula nº 331 do TST.

3.6 CONTRATO ADMINISTRATIVO

Contrato é um acordo de vontades estabelecido entre as partes, que dispõe de direitos e obrigações. Caracteriza-se pela liberdade e capacidade jurídica das partes. Como em todo contrato, seja ele público ou privado, é indispensável atentar-se a certos princípios. E neste sentido leciona Hely Lopes Meirelles (2011, p. 194):

Todo contrato – privado ou público – é dominado por dois princípios: o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do que pactuaram (*pacta sunt servanda*). Pelo primeiro torna-se imutável o que as partes convencionaram; pelo segundo devem ambas cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente.

O contrato administrativo, regulado pela Lei nº 8.666/93, refere-se à um acordo firmado entre o ente público e o particular, formando obrigações recíprocas. No entanto, tal contrato

apresenta algumas peculiaridades, as quais não aparecem nos contratos firmados entre particulares. Neste sentido enfatiza o Tribunal de Contas da União:

Deve ser frisado que os contratos celebrados entre a Administração Pública e os particulares são diferentes daqueles firmados no âmbito do direito privado. Tal fato ocorre, pois, nos contratos celebrados entre particulares vale como regra a disponibilidade da vontade, enquanto que naqueles em que a Administração é parte deve existir a constante busca pela plena realização do interesse público (BRASIL, TCU, 2010).

Importa ressaltar que a maioria dos doutrinadores defendem a existência de dois tipos de contratos celebrados pela Administração Pública, os contratos administrativos propriamente ditos, regido pelo regime jurídico de direito público, e os contratos regidos pelo direito privado.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 197), “ao lado dos contratos administrativos propriamente ditos a Administração Pública (direita ou indireta) pode realizar ajustes com os particulares, cuja natureza os submete mais acentuadamente ao Direito Privado”.

Segundo o autor, os contratos administrativos consubstanciados pela supremacia do poder público sobre o interesse privado possuem certa peculiaridade, resultado das chamadas cláusulas exorbitantes, que visam estabelecer prerrogativas em favor da Administração para o perfeito atendimento ao interesse público que se sobrepõe aos interesses particulares. Diferentemente, nos ajustes privados a liberdade contratual é ampla, sendo permitido a qualquer dos contratantes renunciar direitos e assumir as obrigações que lhe aprouver.

Ademais, o fato de a Administração Pública possuir prerrogativas não conferidas ao particular, não faz com que essa possa deixar de lado direitos individuais do contratado.

Prevalece no contrato administrativo o interesse da coletividade sobre o particular. Essa superioridade, no entanto, não permite que a Administração ao impor vontade própria ignore direitos do particular que com ela contrata. A Administração tem o dever de zelar pela justiça (BRASIL, TCU, 2010, p. 645).

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 2º, parágrafo único, conceitua o contrato administrativo como:

Todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Por conta da particularidade do contrato administrativo, há uma divergência quanto a sua natureza jurídica. Há doutrinadores que defendem a natureza contratual, tendo em vista o acordo de vontades celebrado entre o Ente Público e o particular. Outros defendem a natureza

unilateral, estes se baseiam no fato da administração poder modificar ou extinguir unilateralmente o contrato (JUSTEN FILHO, 2011).

Marçal Justen Filho (2011, p. 435) defende a natureza contratual dos contratos administrativos dispondo que “ainda que seja reconhecida à Administração Pública a competência para unilateralmente introduzir modificações ou extinguir a contratação, a constituição do vínculo depende desse acordo de vontades”.

Em síntese, o contrato administrativo será sempre bilateral, respeitado a supremacia de poder outorgada à Administração para fixar as condições iniciais. Será ainda, formal, oneroso, comutativo e *intuitu personae*, uma vez que depende da pessoa do contratado para sua execução. Devendo estar presentes as cláusulas exorbitantes, as quais coloca a Administração Pública em posição privilegiada, possibilitando-a, em determinadas situações, alterar ou extinguir unilateralmente o contrato de acordo com o interesse público (MEIRELLES, 2011).

Como visto, os contratos administrativos reúnem certas peculiaridades que os diferenciam dos contratos celebrados entre particulares. E assim como estes, exigem certas formalidades para a concretização do acordo. Contudo, estas formalidades são estabelecidas com o intuito de proteger o patrimônio público, além de permitir o controle da sua legalidade.

O contrato administrativo deverá ser escrito, salvo os de pequenas despesas de pronto pagamento; lavrados nas repartições interessadas, sob a forma de termo, ou levado a registro no cartório de notas em casos de direitos reais sobre imóveis; antecedido de licitação, com exceção à dispensa e inexigibilidade; além da obrigatoriedade das cláusulas exorbitantes (MELLO, 2010).

Hely Lopes Meirelles (2010) faz referência ainda ao conteúdo do contrato que deve ser o mesmo do edital de licitação e o da proposta aceita pela Administração, não podendo o contrato divergir do edital sob pena de nulidade. Ainda segundo o autor, nos casos de dispensa de licitação, seu conteúdo deve ater-se ao despacho da autoridade competente que autorizou sua realização e, conseqüentemente, foi responsável pela execução da despesa inerente à tal contratação.

Outro requisito essencial mencionado pelo autor reveste-se na necessidade de publicação do contrato, formalidade exigida pelas normas administrativas, que será publicado de forma resumida, constando o nome das partes, o objeto do contrato e o valor.

Importa ressaltar que o contrato administrativo será sempre obrigatório nas modalidades de concorrência, tomada de preço e pregão, ou nos casos de dispensa e inexigibilidade com preço no limite das modalidades concorrência e tomada de preço, para contratações com obrigações futuras. Nos demais casos o termo de contrato será facultativo, podendo ser

substituído por outros instrumentos hábeis, tais como carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (BRASIL, TCU, 2010).

Dessa forma, entende-se que, salvo os casos de dispensa e inexigibilidade, todo contrato administrativo deverá ser antecedido de licitação, mas nem toda licitação será precedida de contrato.

Isso posto, conclui-se que a formalização em contrato administrativo é imprescindível para validade da terceirização no âmbito da Administração Pública, que já foi devidamente selecionada por meio de regular procedimento licitatório. É este contrato administrativo que irá contemplar todas as cláusulas e acordos firmados entre o ente público e o particular responsáveis por regulamentar a execução da atividade terceirizada.

3.6.1 O dever de fiscalização contratual da Administração Pública

A Lei de Licitações e Contratações Públicas, em seu artigo 58, inciso III, atribui à Administração Pública o poder dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos por ela firmados, pois eles são pagos com recursos públicos, os quais devem ser gastos visando a racionalização. Nesse sentido, o artigo 67 da Lei nº 8.666/93 estabelece a forma como essa fiscalização deverá ocorrer:

Art. 67 - A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.
§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.
§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Esse representante ao qual a Lei se refere deve ser um servidor/funcionário público, que possui diversas atribuições e responsabilidades a depender da função e do tipo de contrato no qual é responsável.

Uma das cláusulas exorbitantes, a fiscalização do contrato administrativo é vista não apenas como prerrogativa conferida à Administração, mas como um dever do Ente Público.

Trata-se de um dever, não de mera faculdade, imposto à Administração a fim de verificar o fiel cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas, para melhor atender os interesses fundamentais (JUSTEN FILHO, 2005).

O objetivo é assegurar a fiel observância das cláusulas contratuais e a realização da obra ou serviço dentro do estabelecido no contrato, a saber: os aspectos técnicos, de qualidade e cronológico (MEIRELLES, 2011).

Sobre o tema, vejamos o que dispõe o artigo 31 da IN nº 2/2008 do MPOG:

Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercidos por um representante da Administração, especialmente designado na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93 e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97.

Para o INPI, a fiscalização do contrato pode ser compreendida como a

Atividade exercida de modo sistemático pelo Contratante e seus representantes, objetivando a verificação do cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas, em todos os seus aspectos. É a atividade de maior responsabilidade nos procedimentos de Gestão contratual, em que o Fiscal deve exercer um acompanhamento zeloso e diário sobre as etapas/ fases da execução contratual, tendo por finalidade verificar se a Contratada vem respeitando a legislação vigente e cumprindo fielmente suas obrigações contratuais com qualidade (BRASIL, INPI, 2010, p. 15).

Para tanto, compete à Administração Pública designar um representante do seu quadro de funcionários, preferencialmente, com experiência no objeto contratado, para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, podendo ainda contratar um profissional habilitado para assisti-lo e subsidiá-lo (MEIRELLES, 2011).

Ao fiscal designado compete anotar em registro próprio toda e qualquer ocorrência pertinente à execução do contrato, e determinar, quando necessário, a regulamentação ao seu cumprimento, transferindo ao responsável superior em caso de decisão ou providência fora de sua competência. As referidas anotações constituem importante ferramenta de acompanhamento e fiscalização da execução contratual (BRASIL, TCU, 2010).

Desse modo, a Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG (BRASIL, 2008), quando versa acerca do acompanhamento e fiscalização dos contratos, aduz que o instrumento de controle deverá fazer alusão sobre: os resultados alcançados em relação ao contratado, tendo em vista os prazos de execução e a qualidade demandada; os recursos humanos empregados, em função da quantidade e formação profissional exigida; a qualidade e quantidade dos recursos materiais utilizados; a adequação dos serviços prestados à rotina de execução estabelecida; o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato; bem como a satisfação do público usuário.

Sobre o dever de fiscalização do Estado em relação aos contratos administrativos firmados, enfatiza Diógenes Gasparini (2005, p. 601-602):

Compreende as atribuições de orientar (estabelecer normas, diretrizes; dar informações sobre a execução do contrato), de fiscalizar (verificar o material utilizado e a forma de execução do objeto do contrato, confirmar o cumprimento das obrigações comerciais, trabalhistas e tributárias a cargo do contratado), de interditar (paralisar a execução do contrato por estar em desacordo com o pactuado) e de intervir (assumir a execução do contrato).

Importa ressaltar que tal imposição não se restringe apenas às especificações técnicas em relação à obra ou ao serviço, mas também a fiscalização quanto ao cumprimento, pelo contratado, dos encargos trabalhistas, fiscais, previdenciários e comerciais, consoante à execução do contrato.

Dessa forma, a Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG dispõe, em seu artigo 34, § 5º, acerca da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, de modo a exigir, das empresas regidas sob o regime da CLT, as seguintes comprovações:

- a) a prova de regularidade para com a Seguridade Social, conforme dispõe o artigo 195, § 3º da Constituição Federal sob pena de rescisão contratual;
- b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório;
- c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior;
- d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível;
- e) pagamento do 13º salário;
- f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;
- g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso;
- h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei;
- i) comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED;
- j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e
- k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato (BRASIL, 2008).

Ademais, conforme prevê o artigo 34, § 4º da referida Instrução Normativa, o descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666/1993.

Contudo, é dever do ente público a fiscalização do contrato, exigindo do contratado o pagamento e a demonstração de quitação das obrigações trabalhistas e previdenciárias (MARTINS, 2012, p. 265).

Na visão de Amorim, Delgado e Viana,

[...] o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, caput), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de direitos fundamentais (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.

Daí porque a fiscalização do fiel cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados constitui elemento intrínseco à fiscalização do contrato de prestação de serviços, tal como decorre expressamente de dispositivos da Lei de Licitações e das normas que a regulamentam no nível federal, em observância aos preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República (CF, art. 1º, III e IV), que instituem como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que fundamentalizam os direitos essenciais dos trabalhadores (art. 7º), que fundam a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170) e que alicerçam a ordem social no primado do trabalho (art. 193) (AMORIM, DELGADO e VIANA, 2011, p. 76/77).

De acordo com o INPI, “o acompanhamento e a fiscalização eficiente e eficaz do contrato são instrumentos imprescindíveis ao gestor na defesa do interesse público” (BRASIL, 2010, p. 6).

Sendo assim, cabe à Administração Pública a gestão e o gerenciamento do contrato administrativo firmado com o particular, no intuito de acompanhar, controlar e fiscalizar o seu fiel cumprimento, levando-se sempre em consideração os princípios da eficiência e eficácia, bem como os demais pertinentes à Administração Pública.

É importante ressaltar que tais prerrogativas consubstanciam em deveres-poderes da Administração Pública, visto que a não observância de tais cláusulas, explícita ou implícita, por parte daquela, poderá acarretar responsabilidade à Administração (GASPARINI, 2005).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

O objetivo precípua da ordem jurídica é proteger as ações lícitas e reprimir as ilícitas. Para atingir esse escopo, a ordem jurídica estabelece deveres, que podem ser positivos, de dar ou fazer, ou negativos, de não fazer ou de tolerar (CAVALIERI FILHO, 2010).

Segundo definição de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p.1), dever jurídico é “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”. Assim, não se trata de um simples conselho ou advertência, mas sim de uma ordem ou comando, que vai gerar obrigações.

A violação de um dever jurídico configura um ilícito, que vai ocasionar um dano e, conseqüentemente, um dever de indenizar. Aqui surge a responsabilidade civil, que exprime uma ideia de obrigação, de encargo. Só haverá responsabilidade civil se houver a violação de um dever jurídico e dessa violação resultar um dano.

O aludido autor estabelece uma distinção entre responsabilidade e obrigação, chamando essa de “dever jurídico originário” e aquela de “dever jurídico sucessivo”. O dever jurídico originário é a obrigação a que alguém se submete e o sucessivo é a responsabilidade pelo não-cumprimento dessa obrigação.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 983) define a responsabilidade civil do Estado como “a obrigação que lhe incumbe de reparar os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.

Esclarece o doutrinador que a responsabilidade do Estado se subordina a princípios próprios, compatíveis com as particularidades de sua posição jurídica, sendo, assim, mais extensa que a responsabilidade atribuída às pessoas privadas. Essa responsabilidade mais ampla se justifica na medida em que as funções do Estado ensejam a possibilidade de prejuízos em larga escala, tornando-se limitadas as possibilidades dos administrados de se furtar dessa ação estatal.

Leciona o autor, ainda, que a responsabilidade do Estado não pode ser confundida com a obrigação de indenizar os particulares em caso de necessidade de intervenção em direitos de

terceiro, sacrificando-os e convertendo-os em patrimônio, como no caso da desapropriação. Nesse tipo de obrigação, o Estado age autorizado por uma norma que o legitima a interferir num direito alheio.

Assim, para Bandeira de Melo (2009, p. 984) “não haveria uma violação propriamente dita de um direito alheio, ensejadora da responsabilidade, mas apenas um debilitamento, previsto e autorizado pela ordenação jurídica, não cabendo, portanto, responsabilidade”.

Tal situação é a que ocorre, por exemplo, quando há a necessidade de sacrifício de um interesse privado em prol de um interesse público, o que vai gerar indenização, já que ambos os direitos são tutelados pelo Estado, mas não gerará responsabilidade.

Percebem-se aqui duas situações completamente distintas: numa, o Estado age legitimado por uma norma jurídica específica a agir de tal maneira, devendo indenizar o titular de direito por eventual prejuízo. No outro caso, o Estado age licitamente, porém, dessa ação poderá resultar prejuízo a um direito alheio, indiretamente, cabendo, então, a responsabilização.

4.3 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Por muitos séculos prevaleceu a teoria da irresponsabilidade do Estado, justificada em teses como, por exemplo, de que o monarca ou o Estado não erram, ou de que o Estado atua para atender o interesse de todos e não pode ser responsabilizado por isso, ou ainda, de que a responsabilização do Estado seria um entrave à execução dos seus serviços, resguardando aos administrados apenas o direito de ação contra o próprio servidor público causador do dano. Sustentava-se a ideia de que o Estado e o funcionário eram sujeitos diferentes.

Segundo Odete Medauar (2009, p. 375), “essas teorias foram deixando de prevalecer, posteriormente, com o crescente reconhecimento de direitos dos indivíduos perante o Estado e com a difusão da ideia de que o Estado deve também submeter-se ao direito”, visto que se trata de um sujeito dotado de personalidade, capaz, portanto, de direitos e obrigações com os demais entes e com seus administrados.

A primeira ideia de possibilidade de responsabilização do Estado surgiu com a classificação dos seus atos como sendo de gestão ou de império. Esses eram insuscetíveis de gerar responsabilização, visto que estreitamente vinculados à soberania, enquanto aqueles se equiparavam aos atos praticados por particulares e, assim, estariam sujeitos à responsabilização quando configurados o dolo ou a culpa do agente, ou no caso de mau funcionamento ou não funcionamento do serviço, o que gerava um ônus injusto à vítima, tendo em vista a necessidade de que tudo isso fosse comprovado.

Mais recentemente, em busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, formulou-se a teoria do risco administrativo, tendo em vista que diante das inúmeras e variadas atividades da Administração, há a possibilidade de danos serem causados a particulares. Ou seja, apesar das atividades da Administração Pública estarem voltadas ao atendimento dos interesses de toda a população, podem ocorrer danos a alguns administrados, em razão da conduta comissiva ou omissiva dos seus agentes, em virtude dos riscos decorrentes de suas atividades administrativas, cabendo ao Estado um dever de ressarcimento.

Essa teoria surge como expressão do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos, como uma forma democrática de repartição dos ônus e encargos sociais por todos os beneficiados pela atividade da Administração Pública, surgindo daí a ideia de responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2010).

Também surgiu a teoria do risco integral, que é equivocadamente confundida com a teoria do risco administrativo. Essa teoria impede que o Estado se desincumba de sua responsabilidade caso inexistente o nexos causal entre a conduta e o dano sofrido, ao que equivale dizer que o Estado é sempre responsável, mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior, ainda que a conduta ensejadora do dano não decorra de sua atividade.

Cavaliere Filho (2010), assim como a maioria da doutrina, entende que o Estado não poderá ser responsabilizado quando não existir relação de causalidade entre a sua atividade administrativa e o dano suportado pelo particular, porém, deve exercer suas atividades com a mais absoluta segurança, principalmente quando arriscadas ou perigosas, a fim de preservar a incolumidade de todos os seus administrados, cuja eventual violação acarretará o dever de indenizar, independentemente de culpa do Estado.

4.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO

Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, evoluindo de uma responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade objetiva, que é aquela que decorre da simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso.

Segundo definição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p.992), “responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isso”.

O autor não vê necessidade de identificação de uma culpa individual para responsabilizar subjetivamente o Estado. Ocorre o que se chama de “culpa do serviço” ou “falta do serviço”, quando este não funciona ou funciona mal, o que basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados.

O aludido autor preocupa-se em esclarecer que a responsabilidade do Estado decorrente de ausência do serviço ou o seu mau fornecimento é subjetiva e, como tal, exige um elemento tipificador, a culpa (ou o dolo). Mesmo havendo a presunção de culpa, o que isenta a vítima de comprová-la, ainda assim estaremos diante de uma responsabilidade subjetiva.

Ainda sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado. Pondera que, nos casos de omissão, o Estado não agiu, não sendo, assim, o autor do dano, só tendo obrigação de indenizar os prejuízos resultantes dos eventos que teria o dever de impedir.

Já Odete Medauar (2009, p. 378) diz que “reina uma certa nebulosidade na doutrina e na jurisprudência quanto à responsabilidade por omissão” e sustenta não ser apropriado o uso do termo “subjetiva”, por entender não ser adequado a ações ou omissões de pessoas jurídicas, mas sim de pessoas físicas.

4.4.1 A culpa *in elegendo* e a culpa *in vigilando*

A Administração Pública, para contratar qualquer tipo de serviço, necessita de procedimento licitatório. Assim ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p.517):

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação.

Segundo Rafael Maffini (2006, p. 155), a realidade dos contratos da Administração Pública é completamente diversa da dos celebrados por particulares, tendo em vista que na atividade estatal os interesses envolvidos são indisponíveis, não havendo, portanto, a mesma liberdade em contratar como ocorre nos contratos entre particulares. Segundo o autor, em razão do princípio da impessoalidade, “a Administração Pública não pode agir de modo a manifestar preferências ou perseguições, no sentido de privilegiar interessados na contratação perante o Poder Público”.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 517) define o procedimento licitatório como “um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”. Fundamenta-se na ideia de competição, a ser travada de forma isonômica entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. Esses atributos e aptidões são os atinentes à qualificação técnica e econômica do proponente, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Rafael Maffini (2006, p.158) conceitua a licitação como:

Um conjunto de atos administrativos, isto é, um processo (ou procedimento) administrativo orientado à obtenção de propostas mais vantajosas, dentre aquelas ofertadas à Administração Pública, com vistas à celebração de vínculos jurídicos contratuais junto a terceiros, particulares ou não.

O procedimento licitatório tem, como regra, duas fases fundamentais: a da habilitação, onde são demonstrados os atributos supramencionados, e a do julgamento, onde é apurada a melhor proposta.

Assim, é por meio do processo licitatório que a Administração Pública verifica a idoneidade econômica do proponente, devendo exigir dele os documentos comprobatórios de inexistência de débitos de qualquer natureza, bem como se é fiel em outros contratos firmados com terceiros e se cumpre as normas trabalhistas em relação a seus empregados. Se a Administração Pública não tiver esse cuidado na hora da contratação, incorrerá na chamada culpa *in eligendo* e estará sujeita à responsabilização subsidiária pelo pagamento de eventuais débitos trabalhistas inadimplidos pela contratada, por exemplo.

Já a culpa *in vigilando*, também ensejadora da responsabilidade subsidiária estatal, é verificada quando a Administração Pública deixa de cumprir com o seu dever de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços celebrado com a empresa contratada, inclusive se ela está cumprindo com as obrigações vinculadas aos contratos de trabalho dos funcionários por ela contratados.

Esse dever da Administração Pública de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços encontra-se expressamente previsto no artigo 67 da Lei nº 8666/93, que determina seja essa fiscalização feita por meio de um representante especialmente designado, que anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato,

determinando o que for necessário à regularização das faltas ou dos defeitos observados, conforme já fora explanado anteriormente.

4.5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

Para que surja a responsabilidade objetiva do Estado, são necessários os seguintes requisitos: a) ação atribuível ao Estado; b) dano causado a terceiros; c) nexo de causalidade entre eles; e d) ausência de causa excludente de responsabilidade.

Ao contrário da responsabilidade subjetiva, aqui não se faz mais necessário averiguar a culpa ou o dolo do agente causador do dano, ou o mau funcionamento ou a falha da Administração. Necessário se faz a existência da relação de causa e efeito entre a ação e a omissão da Administração e o dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Não se questiona nem a licitude ou ilicitude da conduta, muito menos o dolo ou a culpa do agente ou o bom ou mau funcionamento da Administração. Basta comprovar o nexo de causalidade e surge a obrigação de indenizar do Estado.

Segundo Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2007, p. 804),

para se imputar ao Poder Público a responsabilidade objetiva (teoria do risco-proveito) não é necessário questionar se a atuação do Estado foi legítima ou ilegítima; relevante é verificar a perda da situação juridicamente protegida. Quanto a esse aspecto, o magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece: ‘Em matéria de responsabilidade estatal por danos causados pelo próprio Estado, tem razão Sotto Kloss quando afirma que o problema há de ser examinado e decidido em face da situação do sujeito passivo – a de lesado em sua esfera juridicamente protegida – e não em face dos caracteres do comportamento do sujeito ativo’ (MENDES, 2007, p. 804).

Essa responsabilidade objetiva é calcada em princípios, tais como o próprio sentido de justiça, que obriga o causador do dano a repará-lo e, no caso da Administração Pública, a multiplicidade e a amplitude das suas atividades, somadas às suas inúmeras prerrogativas de poder ensejam um risco maior de danos a terceiros.

Odete Medauar (2009, p. 377) ainda identifica o princípio da “solidariedade social” a fim de justificar a responsabilidade objetiva da Administração, no sentido de que, em tese, todos os administrados se beneficiam das suas atividades, devendo, portanto, compartilhar dos ressarcimentos dos danos que resultam dessas atividades. Esse princípio decorre de outro, ainda mais abrangente, o princípio da igualdade, que garante uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos resultantes de atividades desempenhadas no interesse de todos.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 997), “responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem”, enfatizando que basta a mera relação causal entre o comportamento e o dano para configurá-la.

Ao comentar os fundamentos da responsabilidade do Estado, o autor afirma que no caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.

4.6 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Como visto, a responsabilidade civil possibilita a reparação de um dano sofrido em determinada relação jurídica. Tal relação pode advir tanto de um contrato prestabelecido entre duas ou mais partes, da qual decorre a responsabilidade civil contratual, ou pela relação obrigacional imposta pela lei, sendo esta geradora da responsabilidade civil extracontratual (CAVALIERI FILHO, 2010).

O contrato, por sua vez, representa um acordo de vontades no qual se estabelece direitos e deveres. De modo que o descumprimento destes gera ao ofensor o dever de indenizar. Trata-se, portanto, da responsabilidade civil contratual.

Na compreensão de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 15), “se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo”.

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual, também conhecida como responsabilidade Aquiliana, é regulada pelo Código Civil como resultado da prática de um ato ilícito, ou seja, da violação de uma lei ou ordem jurídica.

Nas palavras de Luiz Rodão de Freitas Gomes (2000, p. 29), a responsabilidade civil extracontratual “é a que resulta da violação de um dever genérico de abstenção ou de um dever jurídico geral”.

Arnaldo Rizzardo (2007) explica claramente a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Senão vejamos:

Na responsabilidade contratual, já existe um liame ou um vínculo previamente estabelecido. As partes celebraram uma relação, em torno de um bem, com a especificação de obrigações e direitos. Sendo extracontratual a responsabilidade, não existe alguma ligação entre o autor do dano e o ofendido. A partir da prática do ato ilícito nasce a relação obrigacional.

Realmente, o dever de indenizar, que aparece com a ofensa, cria a relação entre o obrigado e o titular do direito (RIZZARDO, 2007).

Urge ressaltar que tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual, nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2007, p. 41-42), “no fundo, sempre se dá a desobediência à lei, inclusive na violação contratual, porquanto a lei é que determina a obrigatoriedade de suas cláusulas”.

4.7 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A solidariedade ocorre quando há vários indivíduos numa relação, onde todos eles estão sujeitos a cumprir de forma igualitária uma obrigação. Sérgio Pinto Martins (2012, p. 135) enfatiza que:

Há solidariedade quando, existindo multiplicidade de credores ou de devedores na obrigação, ou de uns e outros, cada credor tem direito a totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor.

De acordo com o referido autor, ocorre solidariedade quando existem vários credores ou devedores na mesma obrigação, onde o cumprimento da obrigação poderá ser feito por todos eles ou por apenas um deles, onde será exigido o cumprimento total da mesma, importando apenas que a obrigação seja satisfeita. A responsabilidade solidária nunca se presume, devendo sempre decorrer de lei ou de vontade das partes, de acordo com determinação do artigo 265 do Código Civil de 2002.

Neste sentido, vale a lição de Carlos Roberto Gonçalves (DINIZ *apud* GONÇALVES, 2011, p. 130)

Nessa conformidade, quatro são os caracteres da obrigação solidária: a) pluralidade de sujeitos ativos ou passivos; b) multiplicidade de vínculos, sendo distinto ou independente o que une o credor a cada um dos codevedores solidários e vice-versa; c) unidade de prestação, visto que cada devedor responde pelo débito todo e cada credor pode exigí-lo por inteiro. A unidade de prestação não permite que esta se realize por mais de uma vez; se isto ocorrer, ter-se-á repetição (CC, art. 876); d) corresponsabilidade dos interessados, já que o pagamento da prestação efetuado por um dos devedores extingue a obrigação dos demais, embora o que tenha pago possa reaver dos outros as quotas de cada um.

A obrigação solidária destaca-se porque cada titular, isoladamente, possui o direito ou responde pela totalidade da prestação, embora aos outros assista o direito de reversão, ou seja,

na solidariedade as responsabilidades situam-se no mesmo plano, igualando-se sem benefício de ordem.

Existem duas espécies de solidariedade: a ativa e a passiva. A solidariedade ativa está prevista no artigo 267 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), que assegura: “Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro”. Nesta espécie de solidariedade existem vários credores e cada um deles tem o direito de exigir do devedor à totalidade da dívida.

A solidariedade passiva, por sua vez, está prevista no artigo 275 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) que assevera: “O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”.

De acordo com o referido artigo, o credor pode exigir, pois é uma faculdade prevista em lei, o pagamento da dívida de um ou de todos os devedores, se o pagamento da mesma não acontecer na totalidade, todos os outros devedores ficam obrigados igualmente a pagar a dívida.

É importante destacar que esses conceitos são utilizados no Direito do Trabalho quando ocorrer omissão da CLT.

Assim, a solidariedade no Direito do Trabalho se aplica nas hipóteses não previstas na súmula nº 331 do TST, ou seja, nas terceirizações ilícitas, lembrando que terceirizações ilícitas são aquelas em que é terceirizada a atividade-fim da empresa tomadora, quando ocorre nas relações empregatícias vínculo direto entre o trabalhador e a empresa tomadora ou quando há na relação entre eles características da relação de emprego como subordinação e pessoalidade do trabalhador com o tomador.

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2012, p. 136), “se aplica à terceirização a solidariedade passiva. A mesma ocorre quando há dois entes na relação trabalhista, onde o prestador não paga as verbas e o tomador é chamado para arcar com essas obrigações”. O artigo 942 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) dispõe que: “os bens do responsável pela ofensa ou violação de um direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. Do exposto, entende-se que esse dispositivo pode ser aplicado à terceirização, pois se há dano, se esse dano não foi especificado no dispositivo legal, se é material ou moral e se na relação tiver mais de um autor como ocorre na terceirização, todos responderão de forma solidária pelos danos causados a terceiros.

Diferentemente da responsabilidade solidária, a responsabilidade subsidiária não está prevista no Código Civil de 2002. Porém, a súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho inseriu este tipo de responsabilidade no âmbito jurídico trabalhista.

A expressão subsidiária decorre do latim *subsidiarius*, que significa secundário ou acessório, que vem posteriormente a um principal.

Segundo entendimento de Mário Júlio de Almeida Costa (2001, p. 833), a obrigação será subsidiária da dívida principal na medida em que o seu cumprimento só possa ser exigido “quando o devedor principal não cumpra nem possa cumprir a obrigação a que se encontra adstrito”.

Tal responsabilidade é conceituada como aquela que presume o esgotamento ou impossibilidade de realização de determinada obrigação pelo devedor principal, de forma que o devedor secundário (subsidiário) só responderá pela obrigação quando não houver mais possibilidade do cumprimento desta pelo devedor principal.

Para Paulo Antônio Maia e Silva (2011, p. 131), a responsabilidade subsidiária

é aquela que vem em reforço ou apoio de quem é o responsável principal. Por ela, o credor deverá acionar o devedor principal e, em não recebendo seu crédito junto a ele, poderá buscar a satisfação deste crédito junto ao devedor subsidiário. O fundamento está nas culpas *in eligendo* (culpa na escolha da empresa prestadora, que deveria ser idônea) e *in vigilando* (culpa em não vigiar, não fiscalizar, se a empresa prestadora estava honrando regularmente com as obrigações trabalhistas).

No caso da terceirização, deve-se observar que deverá haver uma ordem de cobrança dos créditos que porventura tornem-se inadimplidos, devendo a obrigação ser exigida primeiramente do prestador de serviços para que posteriormente, apenas com o exaurimento das possibilidades legais, a obrigação seja exigida do tomador de serviços. Este responde, na falta de previsão legal ou contratual, na forma da responsabilidade indireta, fundada na teoria do risco e na ideia de culpa presumida, pois que a atividade se reverteu em proveito do tomador.

Quanto à natureza jurídica, a responsabilidade subsidiária possui natureza civil, uma vez que há o uso análogo do artigo 455, parágrafo único, da CLT, tendo a tomadora direito à ação de regresso contra a prestadora, caso aquela responda pelos créditos trabalhistas inadimplidos.

Vale salientar que a responsabilidade subsidiária admite prova em contrário, não havendo que se falar, neste caso, em responsabilidade objetiva. Importante destacar também a necessidade de a empresa tomadora de serviços compor a lide em litisconsórcio passivo em uma eventual ação trabalhista, permitindo que ela adquira assim a consequente obrigação de satisfazer o crédito reclamado.

Para que a empresa tomadora seja responsabilizada, deve ser chamada à lide em litisconsórcio. Isso quer dizer que, ao ingressar na Justiça do Trabalho para pugnar verbas trabalhistas devidas, é imprescindível ao trabalhador atentar para o fato de que também a empresa tomadora deve constar no polo passivo da lide, haja vista que a sentença só faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, nos termos do art. 472 do CPC, aplicável à esfera trabalhista (MIRAGLIA, 2008).

O fundamento para aplicação da responsabilidade subsidiária imputada à tomadora e sobre a qual a orientação jurisprudencial foi construída atualmente, inclusive quanto aos órgãos ou entes da Administração Pública, deve-se à culpa *in elegendo* e *in vigilando* (não havendo a necessidade de concomitância entre ambas para a incidência da responsabilidade) da empresa tomadora em relação à má administração e consequente inadimplência da empresa prestadora.

Incorre em culpa *in elegendo* ao contratar empresa que não possui capacidade econômica ou idoneidade financeira para honrar seus créditos. Outrossim, o dever de fiscalizar o pagamento das verbas trabalhistas pagas pela empresa prestadora também compete à empresa contratante. Se assim não procede, ocorre culpa *in vigilando*. Nesse sentido, em ambas as hipóteses, a empresa tomadora é responsabilizada, subsidiariamente, no pagamento de todas as verbas trabalhistas devidas (MIRAGLIA, 2008).

Na terceirização, a responsabilidade subsidiária ocorrerá nas hipóteses de terceirização lícita, ou seja, conforme estabelece a Súmula 331 do TST. Caso contrário, a responsabilidade será solidária, conforme já analisado anteriormente.

4.8 SUJEITOS QUE COMPROMETEM O ESTADO

O Estado, como pessoa jurídica que é, não tem vontade nem ação, no sentido psicológico e físico, porém, as tem no sentido jurídico. Ele atua por intermédio de seus prepostos físicos, que são chamados de agentes, imputando-lhe, assim, o querer e o agir desses.

Essa relação de vontade e ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado, chamada de relação orgânica, ou seja, aquilo que o agente quis ou fez, supõe-se que o Estado quis ou fez. Como dito anteriormente, não se separam o Estado e o agente, como se fossem representante e representado, mandante e mandatário, pelo contrário, são considerados como uma só unidade.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 998), define agentes públicos da seguinte maneira:

Todas aquelas pessoas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.

Odete Medauar (2009, p. 380) define agentes públicos como “todas as pessoas que, mesmo de modo efêmero, realizem funções públicas”. Incluem-se, portanto, nessa qualificação, as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, bem como as de Direito Privado concessionárias ou delegatárias de serviços públicos. Porém, nesses casos, a responsabilidade do Estado passa a ser subsidiária, ou seja, depois de esgotadas as tentativas de obter o ressarcimento do dano dessas entidades é que se passará a acionar o Estado, visto que a esse cabia a prestação do serviço que concedeu ou delegou a outros.

Não importa, para efeitos de responsabilidade estatal, como anteriormente já esclarecido, se o agente agiu culposa ou dolosamente, nem se agiu no campo de suas atribuições funcionais. Só vai importar, e será suficiente para configurar a responsabilidade objetiva do Estado, se a sua condição de agente público foi determinante para a conduta lesiva (MELLO, 2009).

De acordo com Odete Medauar (2009, p. 380),

cabe ainda observar que a responsabilidade da Administração não decorre somente da ação ou omissão de agentes identificados, ou seja, se não for possível identificar o agente, ou se o dano decorrer de uma falha mecânica (fato das coisas), ainda assim persistirá a responsabilidade objetiva do Estado.

Oportunamente será discutido que, no caso de condenação da Administração Pública ao pagamento de verbas trabalhistas de empregados contratados por empresa prestadora de serviços, por meio da responsabilidade subsidiária, é o agente público devidamente designado para gerir e fiscalizar aquele contrato de terceirização o responsável por comprometer o ente público.

4.9 O DANO INDENIZÁVEL

Diante do exposto até agora, convém ressaltar que não é qualquer tipo de dano ligado à ação ou omissão do Estado que gerará indenização.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2010) expõe duas características fundamentais que o dano deve apresentar para que dele nasça o dever do Estado de indenizar. A primeira dessas características é a de que o dano deve corresponder à lesão a um direito da vítima, ou seja, não basta uma simples lesão econômica ou patrimonial, mas também uma lesão jurídica, uma lesão

a um bem jurídico protegido pelo sistema normativo, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.

Ademais, o dano juridicamente reparável nem sempre pressupõe um dano econômico. É o que se sucede no caso de um dano moral, por exemplo, cuja necessidade de indenização está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, não distinguindo se o agravo provém de pessoa de direito público ou de direito privado.

A outra característica é que o dano, para ser indenizável, além de incidir sobre um direito, deve ser certo, ou seja, não apenas eventual ou possível, podendo, contudo, ser futuro, desde que se tenha certeza de sua ocorrência.

Essas duas características são indispensáveis para que haja responsabilidade do Estado, sendo suficientes em caso de ação ou omissão ilícita, e necessários, mas não bastantes, em caso de comportamentos lícitos.

O autor acrescenta que, no caso de dano decorrente de comportamentos lícitos do Estado, além da necessidade de esse dano ser certo e violador de um direito, ele ainda precisa estar revestido de duas outras características: a especialidade e a anormalidade.

O dano é considerado especial quando causado a um indivíduo ou a um grupo específico, não a uma coletividade, e anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social (MELLO, 2009).

Quanto a responsabilidade objetiva, o Estado só se exime de responder se não produziu a lesão que lhe é imputada, ou se a situação de risco não existiu ou não concorreu para o dano, ou seja, se não se verificar o nexo de causalidade entre o ato, comissivo ou omissivo, e o dano. Já nos casos de responsabilidade subjetiva, necessário se faz a verificação da existência ou não de culpa ou dolo. Em não havendo nem um nem outro, também restará o Estado isento de responsabilidade (MELLO, 2009).

No caso em estudo, o dano sofrido pelo trabalhador consiste na inadimplência da quitação de seus créditos trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. O referido dano, de acordo com os ensinamentos expostos acima, é considerado indenizável, visto que se constitui em lesão à um direito legitimado, certo e concreto, ocasionado à um indivíduo ou grupo específico e que não pode ser considerado, sob qualquer pretexto, como mero dissabor da vida em sociedade. Tem-se, portanto, que o dano sofrido pelo trabalhador é e merece ser indenizável.

4.10 CAUSAS DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE

Conforme já exposto neste trabalho, a responsabilidade civil do Estado configura-se a partir da verificação do nexos causal entre a ação ou omissão do poder público e o evento danoso. Se a Administração Pública conseguir provar que outro acontecimento ou outra ação foram determinantes para a ocorrência do dano, sem ligação com a atividade administrativa, poderá haver isenção parcial ou total do ressarcimento.

As principais excludentes de responsabilidade do Estado são a força maior, o caso fortuito e a culpa da vítima. Por força maior, entende-se uma força irresistível de fatos da natureza, como, por exemplo, uma inundação, a queda de um raio ou um tremor de terra. Persistirá, contudo, a responsabilidade do Estado se este mostrar-se omissos quanto à adoção de medidas preventivas que pudessem minar ou, até mesmo, impedir os efeitos danosos.

O caso fortuito, nas palavras de Odete Medauar (2009, p. 383), “diz respeito a uma falha material, técnica ou humana, sem ciência precisa do motivo”. Nesta hipótese, caberá a responsabilidade se presente o nexos causal. Celso Antonio Bandeira de Melo também insiste na questão da comprovação do nexos causal. Para ambos os autores, se esse não restar configurado, não haverá responsabilização do Estado.

A culpa da vítima é constatada quando essa contribui, exclusiva ou concorrentemente, para o dano. Se a culpa for exclusivamente da vítima, o Estado não tem responsabilidade alguma pelo dano sofrido; se somente concorreu para o dano, o Estado e a vítima responderão cada um pela sua participação (MELLO, 2009).

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 1014), a culpa exclusiva da vítima, a que ele chama de culpa do lesado, “não é uma causa excludente de responsabilidade, mas sim de elisão, visto que sequer gera a responsabilidade do Estado, já que não resta configurado o nexos causal”.

No entanto, considerando-se a temática em discussão, a Administração Pública apenas será excluída da responsabilidade subsidiária quanto ao pagamento das verbas trabalhistas dos empregados não honradas pela empresa prestadora dos serviços, quando verificar-se, no caso concreto, que não houve qualquer falta ou falha na escolha da empresa contratada ou na gerência e fiscalização do contrato administrativo de terceirização. Nenhuma das causas excludentes de responsabilidade citadas acima seriam suficientes para eximir a responsabilidade do Ente Público.

4.11 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Na legislação brasileira, temos o artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) como a principal norma jurídica a disciplinar a responsabilidade objetiva do Estado, ao dispor que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 43 (BRASIL, 2002), prevê a responsabilidade objetiva estabelecendo que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Já a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratações Públicas), em seu artigo 71, § 2º, prevê a responsabilidade solidária da Administração Pública com o particular contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

O exame do dispositivo constitucional acima mencionado revela que o Estado só responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes e evidencia a adoção explícita da teoria do risco administrativo, através das expressões “seus agentes” e “nessa qualidade”, isto é, a responsabilidade objetiva do Estado fica condicionada ao dano decorrente da atividade administrativa.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2010), para que se configure a responsabilidade do Estado não se faz necessário que o exercício da função pública seja a causa do evento danoso, basta que a prática do ato lesivo tenha sido em decorrência dela. O mais importante é que haja a relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano. Por isso não podemos restringir a atribuição de responsabilidade ao Estado a atos praticados por seus agentes apenas quando estes estiverem efetivamente no exercício da função pública. Mesmo não exercendo a função, terá lugar a responsabilização do Estado se a conduta ilícita foi em decorrência da qualidade de servidor público do praticante.

Merece destaque neste dispositivo constitucional o fato de ter o constituinte, já desde a Constituição de 1946, estendido a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, abrangendo, portanto, além da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e suas respectivas autarquias, também os entes jurídicos integrantes da Administração indireta ou descentralizada, dotadas de personalidade jurídica privada (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas) e os

concessionários, permissionários e “autorizatários” de serviços públicos (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 198).

A justificativa dos doutrinadores que defenderam a extensão da responsabilidade objetiva do Estado às empresas de direito privado acima referidas era muito lógica: “quem goza de bônus deve também suportar os ônus”, ou seja, aquele que participa da Administração Pública, prestando serviços públicos, usufruindo dos benefícios dessas atividades, deve, igualmente, suportar os seus riscos.

Para Odete Medauar (2009, p. 379), o dispositivo constitucional estabelece duas relações de responsabilidade: “a objetiva, baseada no nexo causal, e a subjetiva, calcada no dolo ou na culpa”. A primeira refere-se à responsabilidade do poder público e seus delegados perante a vítima do dano e, a segunda, à do agente causador do dano perante a Administração.

Em relação a responsabilidade havida entre o agente e a Administração, estamos diante de uma responsabilidade subjetiva, pois, o direito de regresso resguardado à Administração Pública pelo artigo 37, § 6º, da CRFB de 1988 exige a constatação, mediante processo onde seja garantido o contraditório e a ampla defesa, da culpa ou dolo (MEDAUAR, 2009).

5 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

5.1 EVOLUÇÃO NORMATIVA

Diferentemente do que ocorre na terceirização no setor privado, em que a responsabilidade é atribuída ao tomador de serviços em caso de terceirização ilícita, pura e simplesmente, aqui, no caso de terceirização no setor público, a responsabilidade é atribuída por outro viés, o qual será demonstrado pela súmula nº 331 do TST.

O referido enunciado teve sua redação alterada no ano de 2000, por intermédio de um incidente de uniformização de jurisprudência, do qual resultou a Resolução nº 96/2000, dando nova redação ao inciso IV da aludida súmula, que passou a imputar, expressamente, a responsabilidade subsidiária também da Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, pelo pagamento das obrigações trabalhistas não adimplidas pelo prestador de serviços.

Embora essa nova redação tenha exercido enorme impacto sobre a terceirização no âmbito da Administração Pública brasileira, os entes públicos tomadores de serviços buscaram, desde logo, obter tratamento diferenciado daquele dado às empresas privadas no tocante a sua responsabilização por débitos trabalhistas das empresas fornecedoras de mão-de-obra inadimplentes, invocando o disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), *in verbis*:

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

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Embora o dispositivo supracitado seja devidamente claro na sua prescrição, o Tribunal Superior do Trabalho havia editado a súmula nº 331 (BRASIL, TST, 2011), cujo teor do inciso IV versava:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Por conta do confronto entre estes dispositivos, durante muito tempo permaneceu o dissenso na doutrina e na jurisprudência sobre a existência de responsabilidade da

Administração Pública quando a empresa contratada não cumpria com as obrigações e encargos trabalhistas junto ao trabalhador.

Os argumentos dos que entendiam não haver responsabilidade da Administração giravam em torno de que caso a Administração viesse a responder pelos débitos trabalhistas não honrados pela empresa contratada, estaria sendo duplamente onerada, pois ao se ajustar o contrato administrativo com a empresa prestadora já tinham sido aí inclusos os encargos trabalhistas, no entanto estes não foram repassados ao trabalhador por inadimplência da prestadora.

Defendia-se também a ausência de responsabilidade da Administração por respeito ao princípio da legalidade, segundo o qual a Administração só deverá agir conforme prescrição em lei e, de acordo com literal disposição do artigo 71 da Lei 8.666/93, não lhe recaía qualquer obrigação trabalhista, previdenciária ou fiscal.

Tal contradição gerou muita insatisfação por parte dos órgãos públicos, que sempre resistiram acirradamente nas demandas e condenações que sofriam como tomadores de serviços, em todas as reclamações trabalhistas em que eram acionados juntamente com os empregadores por eles contratados após regular licitação. Essa resistência concentrava-se justamente na invocação da ilegalidade de sua responsabilização subsidiária pelos débitos trabalhistas de suas contratadas, por deixar a Justiça do Trabalho de aplicar a literalidade do artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93 e pela conseqüente alegação de que as decisões trabalhistas, ao não aplicarem, de forma automática e absoluta, aquela norma legal, estariam implicitamente considerando-a inconstitucional, sem que essa inconstitucionalidade tivesse sido examinada e decidida pela maioria do Pleno ou do Órgão Especial, conforme o caso, de cada Tribunal, como exige o artigo 97 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê a chamada reserva de plenário.

No entanto, em suas decisões envolvendo a matéria, os Tribunais Regionais do Trabalho, os juízes do trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho continuavam responsabilizando a Administração Pública tomadora de serviços, aplicando o inciso IV da súmula nº 331 do TST, com base nos fundamentos do Direito do Trabalho, nos princípios da proteção do trabalhador e da responsabilidade objetiva do Estado, prevendo a possibilidade de responsabilização da tomadora de serviços de modo subsidiário pelas obrigações do empregador/empresa interposta, desde que tenha participado da relação processual.

Muitos recursos extraordinários e agravos de instrumento foram impetrados pelos entes públicos a fim de tentar reverter decisões onde eram condenados subsidiariamente pelos encargos trabalhistas não adimplidos por suas contratadas, arguindo a violação da cláusula de

reserva de plenário do artigo 97 da CRFB de 1988. Porém, a posição do STF era-lhes sempre desfavorável, valendo-se de dois argumentos básicos: o primeiro, de que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 não foi declarado inconstitucional pela súmula nº 331 do TST, tanto que nele estava mencionado como em pleno vigor; e o segundo, de que, ainda que o afastamento de sua incidência pelos órgãos fracionários dos Tribunais que proferiram as decisões condenatórias naqueles processos trabalhistas pudesse ter significado, implicitamente, com o reconhecimento da inconstitucionalidade daquele preceito legal, não teria havido ofensa à exigência de reserva de plenário estabelecida no artigo 97 da CF de 1988, porque a decisão daquele incidente de uniformização, que redundou na nova redação do inciso IV da súmula nº 331 do TST, fora proferida pelo Tribunal Pleno do TST e por unanimidade.

No entanto, ao longo dos últimos anos, foi ganhando força, no STF, a compreensão de que muitos Tribunais estariam proferindo decisões em que deixavam de aplicar determinados dispositivos da legislação infraconstitucional por considerá-los contrários à Carta Magna, mas sem levarem a questão à apreciação do Pleno ou do Órgão Especial correspondentes, violando, assim, a exigência do artigo 97 da Constituição Federal de 1988, a chamada reserva de plenário. Isso poderia impedir que questões de cunho constitucional viessem a ser submetidas e julgadas pelo STF, por seus canais processuais regulares.

Em virtude disso, acabou por pacificar-se o entendimento de que essas decisões deveriam ser reformadas ou cassadas, conforme o caso, de modo que assegurassem o regular e necessário exame e o decorrente prequestionamento da matéria constitucional.

De fato, com base na cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, a Ministra do STF Cármen Lúcia, dando provimento a recursos interpostos pelos entes públicos (agravos regimentais), e mudando seu posicionamento, passou a cassar decisões do Tribunal Superior do Trabalho baseadas no inciso IV da súmula nº 331 do TST, que havia imposto a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização.

Esses precedentes acabaram redundando na aprovação da Súmula Vinculante nº 10 (BRASIL, 2009), com a clara intenção de impedir que órgãos fracionários de Tribunais deixassem de aplicar dispositivos infraconstitucionais sob o pretexto de violação à Carta Magna, nos termos seguintes: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”.

Essa Súmula Vinculante veio para coibir a prática dos Tribunais de negarem a aplicação de lei federal por considerá-la inconstitucional, sem, no entanto, explicitarem esse fundamento

central, vedando, assim, o acesso do interessado ao Supremo Tribunal Federal, pela via do Recurso Extraordinário. Com essa prática, os Tribunais e seus órgãos fracionários estariam impedindo o STF de exercer o seu papel precípua de guarda da Constituição da República Federativa do Brasil.

Tudo isso, porém, não foi conjuntamente suficiente para modificar a jurisprudência do STF a respeito da responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelos débitos trabalhistas dos fornecedores de mão de obra terceirizada. Houve outra importante alteração no entendimento daquela Corte que se mostrou decisiva na discussão da matéria: a de que não se admitia mais como válido o afastamento da incidência, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo do poder público pelos Tribunais brasileiros, ainda que por seu Pleno ou Órgão Especial, que houvesse se dado em procedimento ou incidente diverso do incidente de declaração de inconstitucionalidade para tanto previsto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil.

Ficou firmado, assim, que a decisão do Plenário do TST que, julgando incidente de uniformização de jurisprudência, afastou a incidência do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sem declará-lo inconstitucional, não atendeu à cláusula de reserva de plenário estabelecida pelo artigo 97 da Constituição Federal de 1988, tornando-se indispensável, a fim de que seja respeitada tal cláusula, a reunião dos membros do tribunal com a finalidade específica de julgar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, não podendo ocorrer num mero incidente de uniformização de jurisprudência.

5.2 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal é o pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico, motivo pelo qual a legislação existente deve estar em conformidade com seus dispositivos. Nesse sentido, o Poder Constituinte Originário elegeu o controle de constitucionalidade para agir na persecução da harmonia do sistema, preservando a supremacia da Constituição. A ação declaratória de constitucionalidade é uma das ações que atuam no controle de constitucionalidade.

Note-se que ao nascer um ato normativo recai sobre ele a (in)segurança jurídica de presumi-lo válido até que haja comprovação em sentido contrário, ou seja, há uma presunção relativa (*juris tantum*) de sua constitucionalidade. A ação declaratória de constitucionalidade age justamente no intuito de afastar qualquer dúvida sobre a constitucionalidade do dispositivo, transformando a originária presunção relativa em presunção absoluta (*jure et jure*).

Diversamente da ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória tem por finalidade imediata a prolação de sentença meramente declaratória ratificando a conformidade de determinado ato normativo com a Constituição. Nesse sentido, a demanda não consistirá em ataque ao dispositivo, mas, ao contrário, almejará fortalecê-lo.

Para a sua propositura deverão ser observados os seguintes requisitos: relevante controvérsia judicial sobre a aplicação de determinado dispositivo e que este dispositivo, que é objeto da ação declaratória de constitucionalidade, seja lei ou ato normativo federal posteriores ao ano de 1988.

Uma vez procedente a ação declaratória, a decisão produzirá efeito vinculante e terá eficácia contra todos (*erga omnes*), de modo tal que os outros órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo deverão agir em respeito ao dispositivo de lei ou ato normativo federal, sob pena de entendendo a lei como inconstitucional estar desrespeitando a decisão do STF.

É de se notar que a ADC e a ADI revestem-se de caráter ambivalente, o que importa dizer que a procedência de uma dessas ações surte os mesmos efeitos que a improcedência da outra e vice-versa.

5.3 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16/2000, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 07 de março de 2007, o governador do Distrito Federal ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), com pedido de providência cautelar, perante o Supremo Tribunal Federal, com escopo de declarar constitucional o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.032/95.

Alegava-se na inicial da ADC que a referida norma, a despeito de sua constitucionalidade, vinha sofrendo retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que, ao editar a súmula nº 331, aplicou entendimento diametralmente oposto ao do dispositivo legal. Ou seja, sustentava-se que a presunção de constitucionalidade daquela norma encontrava-se relativizada e, por isso, mostrava-se necessário o pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal acerca da questão.

Objetivava-se o reconhecimento da plena compatibilidade entre o § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações e Contratações Públicas e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, conseqüentemente, o restabelecimento da força normativa do dispositivo, o afastamento da incerteza jurídica sobre a questão e a determinação de abstenção, aos demais tribunais, de qualquer entendimento conflitante com a hermenêutica a ser conferida pela Corte.

Vários foram os argumentos utilizados para defender-se a constitucionalidade do dispositivo. O primeiro deles era o de que a norma tinha por escopo resguardar a Administração Pública, a qual, após haver tomado todas as cautelas necessárias e previstas em lei, relativas à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e jurídica da empresa a ser contratada, bem como procedido diligentemente na fiscalização da execução dos serviços, não poderia ser responsabilizada pelo dano que não produziu.

O segundo era o de que o inciso IV da súmula nº 331 do TST pretenderia realizar uma responsabilização objetiva do Poder Público mediante a adoção da teoria do risco integral, segundo a qual bastaria a presença do dano para haver a necessidade de reparação, ainda que não tenha lhe dado causa e ainda que tenha tentado a todo custo evitar a sua ocorrência. Isso, contudo, ofenderia o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, uma vez que a responsabilidade do Estado, no Brasil, tem como base a teoria do risco administrativo. Pela teoria do risco administrativo, já comentada, a Administração Pública estaria isenta de responsabilidade em caso de culpa exclusiva da vítima; então, na terceirização, considerando que a empresa prestadora de serviços é a culpada exclusiva pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, não se poderia imputar ao ente estatal qualquer responsabilidade. Sustentava-se ainda que o entendimento do TST, consolidado por meio do inciso IV da súmula nº 331, violaria os princípios da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade das licitações públicas e da responsabilidade do Estado fundamentada no risco administrativo. Isso porque ao Estado só é dado fazer aquilo que a lei expressamente lhe permite, o que implica no fato de que os requisitos a serem exigidos das empresas para participar de licitações e contratar com o poder público somente podem ser aqueles expressamente previstos em lei. Assim, por falta de disposição normativa, a Administração Pública não poderia exigir das empresas documentação diversa daquela elencada na Lei de Licitações e Contratações Públicas, como, por exemplo, certidão negativa de débitos trabalhistas.

Argumentou-se, também, no sentido da necessidade da prática da terceirização pela Administração Pública, como forma de reservar apenas as funções típicas de Estado aos servidores públicos, celetistas ou estatutários, de modo a diminuir o papel do Estado para que ele se torne mais eficiente, mais ágil e menos custoso para a sociedade.

Por fim, alegou-se a impossibilidade de se atribuir um dever ao Estado – especialmente um dever que compromete o erário – por meio de uma súmula de jurisprudência dominante de um tribunal superior. Somente a lei em sentido formal é expressão da vontade geral e por isso somente ela pode impor obrigações à Administração Pública e restringir direitos dos particulares.

Requeru-se ao Supremo Tribunal Federal a declaração liminar da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, para o fim de determinar que os juízes e tribunais suspendessem imediatamente todos os processos que envolvessem a aplicação do inciso IV da súmula nº 331 do TST, até o julgamento definitivo da ADC, ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão que impeça ou afaste a eficácia do referido dispositivo legal. Pleiteou-se, ainda em caráter liminar, a suspensão, com eficácia *ex tunc*, dos efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação da norma ou que tenham aplicado o inciso IV da súmula nº 331 do TST.

O pedido principal, por sua vez, era no sentido da declaração da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em caráter definitivo, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Em 10 de maio de 2007, o relator do processo, Ministro Antonio Cezar Peluso, proferiu decisão de indeferimento do pedido liminar. Fundamentou no sentido de que a complexidade da causa de pedir em que se baseava a pretensão impedia que, em juízo prévio e sumário, se configurasse a verossimilhança necessária à concessão da medida urgente, especialmente uma medida tão grave quanto a de obstar o julgamento de inúmeros processos judiciais que envolvam a aplicação do dispositivo.

A União e diversos Estados e Municípios requereram a participação no feito na condição de *amicus curiae*. O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho apresentou informações e o Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido.

Chegando ao STF, a ação foi desde logo contestada pelo Ministro Presidente, Antonio Cezar Peluso, relator da matéria, que afirmava haver carência de ação devido à ausência de interesse de agir do autor. Isto porque, conforme inteligência do artigo 14, inciso II, da Lei nº 9.868/99, para que se configure interesse de agir em Ação Declaratória de Constitucionalidade deverá ser demonstrada efetiva e relevante controvérsia judicial, com a devida comprovação, junto à inicial, através de decisões de controle difuso que corroborem tal alegação.

O relator ainda sugeriu o arquivamento da ADC nº 16/2000, argumentando que o TST não havia declarado a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71, da Lei nº 8.666/93, não sendo oportuno ao Tribunal julgar aquela ação. A Ministra Cármen Lúcia, porém, ponderou que o inciso IV da súmula nº 331 do TST dera origem à diversas ações e reclamações naquela Corte, o que, a seu ver, justificava o posicionamento do Pleno sobre a matéria.

Diante dessas inúmeras ações e reclamações constitucionais junto ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, todas atacando a súmula nº 331 do TST, a ação foi conhecida e seu

mérito foi julgado procedente, por maioria de votos, em 24 de novembro de 2010, declarando-se a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Em razão do entendimento fixado na ADC nº 16/2000, o STF deu provimento a uma série de Reclamações que haviam sido ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho, cujo julgamento havia sido suspenso até que ocorresse o pronunciamento na ADC. Ao dar provimento a essas reclamações, o STF cassou os acórdãos impugnados e determinou, em cada uma delas, que outros fossem proferidos em seu lugar, levando em consideração a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, proferida na ADC nº 16/2000.

A respeito do tema, Sérgio Pinto Martins (2012, p. 150) pondera:

O STF declarou a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.2010). Entretanto, admitiu que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando do ente público, será possível a sua responsabilização e pelos encargos devidos ao trabalhador, já que, nesta situação, a administração pública responderá pela falta de cuidado.

Consta do Informativo nº 610 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, 2010), os principais argumentos meritórios da ADC nº 16/2000, dentre os quais podem ser citados:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão de obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal. ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010.149

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC nº 16/2000, resolveu, por maioria (vencido o Ministro Carlos Ayres Brito), considerar constitucional o artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, de modo que vede, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante da empresa fornecedora de mão-de-obra pelos débitos trabalhistas devidos por esta última, nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação.

Porém, esse julgamento não impediu que a Administração Pública continuasse a ser condenada a responder, de forma subsidiária, pelo pagamento das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado, em determinados casos e sob certas circunstâncias, mesmo sendo a terceirização lícita e após regular procedimento licitatório.

No sentir do Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública erra quando escolhe mal (culpa *in eligendo*) ou quando deixa de fiscalizar o contrato de trabalho (culpa *in vigilando*), o que poderá acarretar a sua responsabilidade. No entanto, em respeito ao artigo 71 da Lei nº 8.666/93, essa responsabilidade não é de caráter objetivo, como os Tribunais obreiros vinham aplicando, mas sim de caráter subjetivo, devendo haver a presença do elemento culpa.

Tal fato implica dizer que a mera inadimplência da empresa contratada não tem o condão de transferir a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas à Administração Pública, no entanto, sua ocasional omissão quanto ao dever de vigilância que lhe cabe poderá gerar subsidiariamente a sua responsabilidade.

Dessa forma, deverá haver comprovação da omissão do ente público no seu dever de fiscalizar, não sendo cabível a aplicação direta da responsabilidade subsidiária devido ao simples inadimplemento da empresa prestadora. A Justiça do Trabalho deverá analisar caso a caso como procedeu a Administração Pública para, havendo negligência administrativa, aí sim responsabilizá-la.

Nesse sentido, ressaltamos a exemplar conduta da Advocacia Geral da União (AGU) que, no intuito de proteger o patrimônio público de uma possível ação judicial pleiteando a responsabilidade subsidiária da União, ao tomar conhecimento do inadimplemento de verbas trabalhistas pela empresa terceira, se antecipou em ajuizar uma ação civil pública objetivando o bloqueio das verbas que seriam destinadas a empresa prestadora de serviços, repassando-as diretamente aos trabalhadores. Esta é, sem dúvidas, uma conduta preventiva vastamente benéfica ao trabalhador e à Administração Pública, pois aqueles recebem o que lhe é devido e esta se resguarda de saldar duas vezes o mesmo contrato.

Assim, ficou expressamente ressalvado pelos Ministros do STF que não haveria impedimento ao TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa, pois

o STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das situações, reconhecer a responsabilidade do poder público, ressaltando, ademais, que o fundamento utilizado pelo TST é a responsabilidade pela omissão culposa da Administração Pública, em relação à fiscalização da empresa contratada quanto à idoneidade e ao cumprimento dos encargos sociais nos contratos de licitação e prestação de serviços.

O Ministro relator Antonio Cezar Peluso reconheceu que o Tribunal Superior do Trabalho tem razão em imputar, em certos casos e sob certas circunstâncias, responsabilidade subsidiária ao ente da Administração Pública contratante, apesar do preceito expresso do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações e Contratações Públicas, fundamentando que a Justiça do Trabalho reconhece que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade que está no referido dispositivo, portanto, ele é constitucional. Mas, ainda segundo o Ministro, isso não significa que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade ao órgão público, aduzindo se tratar de outra matéria, de outros fatos examinados à luz de outras normas constitucionais.

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, seguindo o entendimento do relator, acrescenta ainda outros fundamentos à decisão, tais como as inúmeras ações de improbidade enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal em que são réis empresas de fachada, constituídas com capital mínimo apenas para participarem de licitações milionárias, desaparecendo do cenário jurídico logo após concluídos os termos do contrato ou até mesmo antes, sem cumpri-los totalmente, deixando um enorme débito trabalhista. Nestes casos, reconhece-se a configuração da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando* da Administração Pública.

Até mesmo na ala mais resistente à aplicação da responsabilidade subsidiária do Poder Público ficou nítida a preocupação com as consequências desastrosas que poderiam advir de um julgamento que afastasse, de forma absoluta e automática, toda e qualquer responsabilidade do ente público pelos direitos trabalhistas de seus trabalhadores terceirizados, em caso de inadimplemento do empregador e devedor principal, caso não fiscalizado por seu contratante.

Em meio às discussões, a Ministra Cármen Lúcia questionou a legalidade da aplicação de responsabilidade à Administração Pública, à vista da literalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações e Contratações Públicas, tendo em vista que a Administração somente pode efetuar o pagamento de faturas às empresas contratadas quando comprovado o pagamento prévio de direitos trabalhistas e verbas previdenciárias. Diante do argumento, o Ministro Antonio Cezar Peluso reafirmou sua convicção sobre a possibilidade de aplicação desta

responsabilidade à luz de uma interpretação sistemática daquele dispositivo com outros dispositivos legais e constitucionais.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sua composição plenária, a ADC nº 16/2000, com um único voto vencido, com efeito, reputou constitucional o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e também considerou contrário à Súmula Vinculante nº 10 e ao artigo 97 da Constituição Federal de 1988 o antigo item IV da súmula nº 331 do TST, por haver afastado a aplicação daquele preceito legal com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente suscitado para tanto, vedando, assim, a atribuição de responsabilidade à Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas inadimplidos por suas contratadas, de forma automática e absoluta, exclusivamente com base no entendimento sumulado. Considerou-se, em suma, inviável a responsabilização automática do ente público pelo puro e simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador por ele contratado, ainda que essa responsabilização se desse de maneira subsidiária.

Houve um consenso no julgamento no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos. Portanto, o Judiciário Trabalhista deverá buscar sempre a verdade real nos seus processos, investigando, com certo rigor, se a inadimplência dos direitos trabalhistas pela empresa contratada teve como causa, direta ou indireta, a inexecução culposa ou a omissão culposa na fiscalização do cumprimento do contrato de licitação pelos agentes do órgão público contratante.

A declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/93, não impede que seja fixada a responsabilidade da Administração Pública na terceirização, desde que analisado o caso concreto, à luz das circunstâncias e provas produzidas, visando resguardar os princípios da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, entendendo ser plenamente compatível com a decisão da ADC nº 16/2000, do STF (BRAMANTE, 2011, p. 25).

5.4 A APARENTE DERROTA DA SÚMULA Nº 331 DO TST E O (RE) POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO TRABALHISTA

Como visto, a ADC nº 16/2000 reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sem, contudo, permitir que os entes públicos ficassem completamente isentos de qualquer responsabilidade por eventuais débitos trabalhistas inadimplidos por empresas contratadas mediante regular procedimento licitatório. O que se verificou, na verdade, foi um deslocamento da questão para o contexto fático-probatório.

O entendimento adotado pelo TST, não obstante a redação do artigo 71 da Lei de Licitações e Contratações Públicas, afigura-se, no mínimo, razoável. Diante da ausência de legislação específica, verifica-se que o TST, nos termos da súmula nº 331, inciso IV, construiu uma interpretação convergente não só com os princípios específicos de proteção aos trabalhadores, mas, igualmente, com os ditames constitucionais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana. E, como visto acima, a aplicação do referido entendimento em nada confronta com a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, tal como definida pelo Excelso STF no julgamento da ADC nº 16/2000. Ao contrário, apenas proporciona a solução jurídica em consonância com a ordem constitucional vigente.

Verifica-se, por conseguinte, que a derrota da súmula nº 331 do TST é mais aparente do que real. Isso porque, antes do julgamento da referida ADC, a súmula comandava a responsabilidade do Poder Público, nos casos de terceirização, com fundamento na presunção absoluta de culpa, ou seja, na responsabilidade objetiva, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, bastando, única e exclusivamente, o inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Afastada pela ADC nº 16/2000, essa possibilidade de responsabilização objetiva dos entes públicos, a questão foi deslocada para o caso concreto, para o contexto fático-probatório a ser produzido em cada demanda ajuizada junto ao Judiciário Trabalhista. Necessária, pois, a prova da ilicitude, fraude, inexecução culposa, ou omissão ou imperfeição na fiscalização do contrato de licitação. Assim, as partes e o magistrado devem cuidar das provas, da efetiva atuação culposa, subjetiva, do agente público, no sentido de causar, direta ou indiretamente, o indébito trabalhista para os empregados que lhes tenha prestado serviços intermediados.

Caberá, após, ao juiz decidir, conforme o seu livre convencimento, desde que motivado e devidamente fundamentado. Se, por fim, restar comprovado que a Administração Pública, por seu agente, concorreu com o descumprimento da legislação trabalhista, atrai para si a responsabilidade pelos débitos decorrentes.

Ivani Contini Bramante (2011, p. 27) entende que “há, no caso, uma aparente derrota da Súmula 331, do TST, pois o seu conteúdo não foi suplantado, mas sim o seu modo de aplicação final”. Sustenta, ainda, a Desembargadora, que “havendo nexos causal, não obsta o reconhecimento da responsabilidade do Poder Público, ainda que subsidiária, por conta da aplicação de outras normas previstas no ordenamento jurídico”. Nesse sentido, podemos citar os artigos 27, 58, inciso III e 67, *caput* e § 1º da própria Lei nº 8.666/93, que disciplinam a responsabilidade na fiscalização da execução do contrato administrativo advindo do procedimento licitatório.

Com efeito, a Justiça do Trabalho não deixou de imputar responsabilidade à Administração Pública por débitos trabalhistas de suas contratadas, mesmo após o julgamento da ADC nº 16/2000, porém, já é possível verificar que essa imputação está em consonância com o entendimento firmado pela referida ADC, ou seja, verificação, no conjunto fático-probatório, da culpa *in vigilando* e da culpa *in eligendo* da Administração Pública, conforme se depreende da ementa de alguns julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região colacionados abaixo:

RECURSO DA RECLAMADA: UFPB. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331 DO TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONDUTA CULPOSA DEMONSTRADA. No caso concreto, restou devidamente configurada a culpa *in vigilando* do ente público recorrente, uma vez que, na condição de beneficiário da força laboral do reclamante, descuroou-se do dever de monitorar, de forma efetiva, o cumprimento dos haveres trabalhistas por parte da empresa interposta. Sem dúvida, as circunstâncias observadas nos autos implicam, para a entidade pública, a responsabilidade subsidiária quanto ao adimplemento dos direitos reconhecidos na sentença, nos termos previstos na Súmula 331, itens IV e V, do TST. MULTA DO ART. 477 DA CLT. RESCISÃO INDIRETA. AFASTAMENTO. Considerando que o reconhecimento da rescisão contratual por culpa do empregador ocorreu apenas judicialmente, não há se falar em atraso no pagamento das verbas rescisórias e, por conseguinte, indevida a multa do art. 477, § 8º, da CLT. Recurso parcialmente provido. RECURSO DO RECLAMANTE: FERIADOS TRABALHADOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA SENTENÇA. PRECLUSÃO. SÚMULA 393 DO TST. (In: TRT 13ª Região, RECURSO DA RECLAMADA: UFPB, 2015).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. OMISSÃO EM FISCALIZAÇÃO PELA CONTRATANTE. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA. A administração pública, como tomadora de serviços terceirizados, sobre responsabilidade subsidiária se verificada a tipificação da culpa *in eligendo*, caso não observados os procedimentos regulares da contratação da prestadora de serviços, ou de culpa *in vigilando*, quanto ao correto cumprimento do contrato. Isso porque a Lei 8.666, complementando disposição da Constituição (art. 37, §6º), impõe à Administração o dever de fiscalizar por ato comissivo de seus agentes, aí incluso os contratados, como dispõe a súmula 331, IV, do TST. (In: TRT 13ª Região, RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA, 2015).

RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. SÚMULA Nº 331 DO TST. Evidenciada a culpa por negligência no tocante à fiscalização das obrigações contratuais da empresa prestadora de serviços, o ente público – tomador dos serviços – responderá de forma subsidiária pelo inadimplemento dos deveres trabalhistas assumidos pela empresa regularmente contratada, nos termos da Súmula nº 331 do TST, devidamente reformulada após o julgamento da ADC nº 16 pelo STF. Recurso ordinário do IFPB não provido. (In: TRT 13ª Região, RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO, 2014).

TERCEIRIZAÇÃO. AUTARQUIA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331, V, DO TST. Ao contrário do que alega o ente público recorrente, verifica-se que o Juízo de origem solucionou o litígio à luz da nova orientação traçada no item V da Súmula 331 do TST, a qual, por sua vez, espelha o posicionamento emitido pelo STF, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.8.666/93, sem descartar a possibilidade de a Administração ser responsabilizada por eventuais débitos contraídos pelas empresas contratadas, nos casos de terceirização de serviços, uma vez demonstrada a conduta culposa na

fiscalização do contrato. O Juízo indicou os aspectos faltosos do tomador dos serviços, não havendo, na sentença, a propalada deficiência de fundamentação e tampouco ofensa aos inúmeros dispositivos elencados no recurso. O pronunciamento é escorreito e deve ser mantido, na medida em que os elementos contidos nos autos indicam, de fato, que não houve a efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços por parte da autarquia pública, notadamente no que diz às obrigações trabalhistas, o que dá ensejo à condenação subsidiária, nos moldes delineados na jurisprudência sumulada do TST, a qual, como já visto, segue a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC n. 16. Sentença confirmada. Recurso não provido. (In: TRT 13ª Região, TERCEIRIZAÇÃO, 2014).

Na verdade, os acórdãos das Turmas Recursais do TRT da Paraíba, acima acostados, estão em sintonia com todos os demais Tribunais das diversas regiões do país, no sentido de reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora de serviços quanto ao pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários dos trabalhadores contratados pelas empresas prestadoras de serviços inadimplentes, nos casos em que se comprovar, durante a regular tramitação processual, falha do ente público no seu dever de fiscalizar o fiel cumprimento das cláusulas contratuais firmadas quando da contratação da empresa terceirizada e/ou na eleição da empresa contratante caso não observados os procedimentos regulares da contratação da prestadora de serviços.

Aplicando a mesma solução diante da questão da responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho vem julgando de forma fiel ao entendimento sumulado no Enunciado nº 331 do TST. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA QUANTO À REGULAR FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO CONTRATO POR PARTE DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. Verificado que o Recorrente não observou o teor do inciso III do § 1.º-A do artigo 896 da CLT, o qual estabelece a necessidade de a parte recorrente impugnar os fundamentos jurídicos da decisão recorrida, fica prejudicado o exame do tema. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (In: TST, AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA, 2015).

Logo, verifica-se que a jurisprudência vem julgando nos moldes do novo entendimento da súmula nº 331 do TST, de forma que a Administração Pública só poderá responder de forma subjetiva e subsidiária, e não de forma direta e solidária.

Trata-se de uma responsabilidade indireta da Administração Pública, cometida por terceiro e fundada na ideia de culpa presumida *in eligendo* ou *in vigilando*, em razão da má escolha da prestadora e decorrente da má fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais, respectivamente. Dessa forma, a Administração Pública tem o dever de fiscalizar a execução dos contratos, como sendo diligente na escolha de uma empresa idônea, bem como

vigiar constantemente se a empresa contratada está cumprindo devidamente suas obrigações trabalhistas, na forma da Lei nº 8.666/93.

Contudo, merece destaque que, quando a terceirização for tida como ilícita na iniciativa privada, o vínculo jurídico empregatício será formado diretamente com o tomador dos serviços, que responderá diretamente pelo adimplemento das verbas trabalhistas, na forma da súmula nº 331 do TST.

Igualmente neste ponto, mesmo raciocínio não pode ser aplicado à Administração Pública. É que a Constituição Federal de 1988 adotou a aprovação em concurso público como condição para a investidura em cargos ou empregos públicos, sob pena de nulidade da contratação (artigo 37, inciso II e § 2º).

Essa posição foi expressamente acatada pelo TST, no item II da súmula nº 331 (BRASIL, 2011), *in verbis*: “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)”.

Apesar de não se reconhecer o vínculo de emprego, vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência que não é justo que o trabalhador suporte a inadimplência das verbas trabalhistas pelo empregador, bem como não pode o ente estatal como tomador enquanto beneficiário enriquecer ilicitamente com a prestação de serviços do empregado e em nada se responsabilizar.

Diante da impossibilidade de formação de vínculo jurídico com a Administração Pública, mesmo diante de uma terceirização ilícita, Maurício Godinho Delgado (2009, p. 425) entende que:

O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas – sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional. Nesse instante, não há que se claudicar quanto à comunicação e isonomia remuneratórias: trata-se, afinal, do único mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante (art. 156, CCB/1916; arts. 186 e 927, caput, CCB/2002). O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula nº 331, IV, do TST (...).

Sendo assim, para impedir que o trabalhador suporte o prejuízo injustamente pelo inadimplemento das obrigações, este terá o direito ao recebimento das mesmas verbas trabalhistas legais asseguradas aos empregados contratados diretamente pelo tomador,

aplicando-se, assim, o princípio da isonomia, previsto na Orientação Jurisprudencial nº 383, SDI-I, TST.

Atente-se, por fim, que o administrador que celebrar contratos de terceirização ilícita será responsabilizado civil, administrativa e criminalmente, bem como se sujeitará às penas da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

Logo, pode-se concluir que, independentemente da licitude do contrato, não há formação de vínculo empregatício com a entidade estatal tomadora dos serviços, em virtude da regra do concurso público, no entanto, atribui-se a responsabilidade subsidiária ao Ente Público pelas verbas trabalhistas devidas.

5.5 A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST

A declaração de constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 teve como consequência direta a modificação da linha de argumentos proferidos nas decisões da justiça trabalhista que, em respeito ao Supremo Tribunal Federal, como era de se imaginar, passou a interpretar a súmula em conformidade com as orientações expostas em nível de *obiter dictum* na ADC nº 16/2000.

Diante desse novo contexto gerado pelo julgamento da ADC nº 16/2000, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho viu-se na obrigação de modificar, mais uma vez, a redação da sua súmula nº 331, a fim de adequá-la ao teor da decisão do Supremo Tribunal Federal. De fato, era necessária sua adequação ao teor da decisão do Supremo, que também serviria como uma forma de estímulo para que as decisões da Justiça do Trabalho, como um todo, se harmonizassem ao mais novo entendimento acerca da questão. Afinal, é de se registrar que muitas decisões proferidas após o julgamento da ADC nº 16/2000 não atentaram às novas diretrizes lançadas pelo STF acerca da responsabilização subsidiária da Administração Pública, condenando os entes estatais tomadores de serviços com base na ideia da culpa presumida.

Sobre o tema, o renomado professor Paulo Antônio Maia e Silva (2011, p. 87) leciona:

Adequando-se à decisão da ADC nº 16, a Súmula 331 do TST em seu item V, estipula que a responsabilidade subsidiária dos entes públicos em caso de terceirização deve vir comprovada com a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, não decorrendo simplesmente do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Neste contexto, o próprio Tribunal Superior do Trabalho, se curvando ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, editou a Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011, que alterou o inciso IV da súmula nº 331 do TST (BRASIL, 2011) que passou a ter a seguinte redação:

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

Verifica-se, nesse inciso, que houve a supressão da expressão “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”. Na verdade, esta mudança foi transferida para o inciso V, como será visto logo adiante. De prático, pode ser constatado que o TST manteve o entendimento anterior quanto à responsabilidade subsidiária da empresa privada enquanto tomadora de serviços, logicamente em havendo inadimplemento da empregadora principal, a prestadora de serviços. Ficou evidente, ainda, que o inciso IV passou a tratar apenas das empresas privadas tomadoras de serviços terceirizados, cuja responsabilidade continua sendo subsidiária e automática, desde que tenham participado da relação processual e constem no título executivo judicial.

A outra alteração foi o acréscimo dos incisos V e VI (BRASIL, TST, 2011), *in verbis*:

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

Por essa alteração é que se percebe o alinhamento do TST aos fundamentos do atual entendimento do STF quanto à responsabilização subsidiária do ente público, relatados e discutidos no julgamento da ADC nº 16/2000, conforme anteriormente explanado neste capítulo, ou seja, de que é possível a responsabilização dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas contratadas mediante licitação, porém, apenas se restar provado, em cada demanda, que houve culpa no cumprimento dos deveres impostos à Administração Pública pela Lei de Licitações e Contratações Públicas, principalmente a culpa *in vigilando*.

A evidência da culpa *in vigilando* é o fundamento que mais vem sendo utilizado pelos nossos julgadores para a aplicação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando inadimplentes obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços.

Ainda se utilizando dos ensinamentos do renomado jurista Sérgio Pinto Martins (2012, p. 154):

O ente público deve fiscalizar o contratado para que ele pague as obrigações trabalhistas e previdenciárias aos seus empregados. Do contrário, não deve pagar ao contratado o valor da sua fatura, exigindo que ele demonstre que está quite com suas obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Assim, o efetivo cumprimento do contrato de trabalho entre a prestadora de serviços e o trabalhador deve ser acompanhado e fiscalizado mensalmente, por um representante do ente administrativo, e havendo irregularidade, o Órgão Estatal deve suprimir o repasse das verbas destinadas à prestadora eleita na licitação.

Assim, partindo dos termos do julgamento do STF e da nova redação da súmula nº 331 do TST, especialmente do inciso V, podemos concluir que não basta a simples alegação de culpa pela parte reclamante, uma vez que não caberia ao juízo conhecer de ofício de eventual negligência do ente público, mas, sobretudo, precisa ser provada nos autos, ainda que por indícios que revelem a inexistência do cuidado necessário na contratação e na execução do contrato.

Com efeito, como os atos da Administração devem ser pautados na lei, por força do princípio da legalidade, e, uma vez observada a Lei nº 8.666/93 para a licitação e contratação da prestadora, ainda há que se falar na culpa *in eligendo* do órgão público, pois este precisa verificar se o licitante preenche todos os requisitos necessários para participar do certame e para contratar com o poder público, caso consagre-se vencedor da disputa.

Ainda quanto à culpa *in vigilando*, temos a previsão do artigo 67 da Lei de Licitações e Contratações Públicas, onde encontramos o dever de fiscalização do contrato pela Administração Pública.

Diante disso, somente será o caso de condenação da Administração por culpa *in vigilando* se o reclamante alegar e demonstrar, ainda que por indícios, que a Administração deixou de fiscalizar o contrato (quando, por exemplo, a Administração não diligencia perante a contratada para a comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias) ou que, identificado o problema, o Poder Público não adotou qualquer providência para saná-

lo ou para, se o interesse público permitir, rescindir o contrato com as consequências previstas na Lei nº 8.666/93.

Destarte, essa fiscalização, para bem da Administração Pública deverá ser ampla, com intuito de verificar a regularidade da atuação da empresa contratada não só em relação ao objeto contratado, mas, igualmente, em relação às implicações reflexas que convergem na prestação do serviço, a exemplo do que ocorre com o tratamento dispensado à mão-de-obra utilizada para o alcance do objeto do contrato de prestação do serviço público.

Quanto à questão do ônus da prova, este, no entendimento de Sérgio Pinto Martins (2010, p. 846), “incumbe àquele que fizer alegações em juízo, a respeito da existência ou inexistência de determinado fato”, nos moldes do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, devendo essa orientação ser complementada pelo artigo 333 do CPC. Contudo, apesar de previsão expressa nesse sentido contida na CLT, o que se tem visto na jurisprudência obreira é justamente o contrário, ou seja, a inversão do ônus da prova à Administração Pública, que deverá comprovar nos autos que agiu conforme a Lei, que tomou todas as medidas previstas na Lei de Licitações para a contratação da empresa terceirizada e durante a execução do próprio contrato, principalmente pertinentes ao adimplemento das obrigações trabalhistas, caso contrário, será responsabilizada subsidiariamente.

Essa inversão do ônus da prova se depreende da própria Lei de Licitações e Contratações Públicas, na medida em que impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar os contratos administrativos, conforme dispõem os seus artigos 58, inciso III, e 67, *caput* e § 1º.

Portanto, após a decisão do STF e a alteração do enunciado da súmula nº 331 do TST, a Administração Pública somente poderá ser condenada pelas verbas trabalhistas devida pela empresa contratada, se alegado e comprovado que o Poder Público descumpriu as normas para a licitação e a contratação da prestadora ou que houve omissão na verificação e no saneamento de eventuais irregularidades no cumprimento das obrigações contratuais. Essas questões devem, portanto, ser evidenciadas no processo, o que significa dizer que devem ser enfrentadas de forma expressa no julgamento (sentença ou acórdão), de acordo com as provas constantes nos autos, não bastando a indicação genérica de negligência do Poder Público para a condenação.

Ressalta-se para o fato de que o ente público deve ser chamado ao processo pela parte interessada a receber seus créditos, fazendo parte da relação processual e constando no título executivo judicial em caso de procedência da ação, sob pena de não responsabilização subsidiária do órgão administrativo por não ser parte do processo, conforme dispõe a parte final da súmula nº 331, inciso IV, do TST.

O inciso VI, por sua vez, estabelece que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período de prestação laboral. Observa-se, portanto, que com as devidas alterações da súmula, a Administração Pública passará a exercer um papel mais fiscalizatório em relação aos contratos realizados com as prestadoras de serviço, trazendo um significativo benefício tanto para o obreiro, que gozará de uma maior segurança no decorrer do seu contrato de trabalho, quanto para os entes públicos, que evitarão que as empresas atuem de forma fraudulenta.

É importante lembrar ainda que havendo condenação do Estado, a lei prevê a possibilidade de ocorrer a responsabilização do administrador no âmbito penal, civil e administrativo, como ensina a doutrina de Dora Ramos (2001, p. 69):

O administrador que der causa à ilegalidade, deverá ser responsabilizado, estando sujeito inclusive aos rigores da lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992) e ao ressarcimento dos prejuízos que venha causar aos cofres públicos, notadamente se o Estado for condenado ao pagamento de indenizações a qualquer título.

Assim, a Administração Pública tem a prerrogativa de ser ressarcida dos prejuízos experimentados em virtude de condenação na Justiça do Trabalho, através de ação regressiva e demais cominações legais, em face do administrador (agente público), caso se comprove que este deu causa a ilegalidade que acarretou a aludida condenação.

Realmente, o teor da súmula nº 331, inciso V, do TST, surge, então, como medida capaz de amenizar os prejuízos causados ao trabalhador, cuja ocorrência, em grande parte, poderá ser atribuída à Administração Pública, justamente por não ter o órgão público licitante exigido a comprovação de garantias reais, aptidão técnica e econômica, e por não ter acompanhado cada detalhe da execução do contrato. Por isso, afigura-se patente a coparticipação da Administração Pública na reparação de eventuais prejuízos que os trabalhadores venham a experimentar.

O teor da súmula nº 331, inciso V, do TST, apresenta-se como um vetor capaz de recuperar o respeito à garantia fundamental do trabalhador referente à percepção de uma contraprestação justa em decorrência do trabalho realizado. Não por acaso a remuneração possui caráter alimentar. Daí a importância de se impedir que o inadimplemento trabalhista permaneça sem solução jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação de emprego, em regra, é a formada pelo vínculo entre empregador e empregado quando presentes os requisitos da continuidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade.

Ocorre que, surgiu em nosso ordenamento jurídico, sob forte influência norte-americana, a contratação de trabalhadores que prestam serviços através de empresa interposta, fenômeno conhecido como terceirização. Tal instituto acarreta uma verdadeira flexibilização trabalhista, tornando a relação de trabalho precária e muitas vezes prejudicial à parte hipossuficiente: o empregado.

Todavia, em sua essência, sob a ótica administrativa, a contratação de terceiros objetiva, de um lado, reduzir custos das empresas tomadoras de serviços, racionalizando os recursos humanos e, de outro, aumentar a especialização, competitividade e produtividade do objeto principal do seu negócio. Constitui, portanto, uma forma de se obter um maior controle sobre o objeto principal da empresa, com a diminuição de encargos trabalhistas, previdenciários e sociais, bem como a redução do preço final do produto fornecido ou serviço prestado.

Levando-se em consideração a expansão da terceirização na economia brasileira, a Administração Pública também passou a vê-la como uma forma de execução indireta de atividades que proporcionam a prestação de serviços públicos dotados de mais eficiência e qualidade, além de caracterizar-se como um meio eficaz de redução dos quadros de pessoal, o que, por si só, minimiza o custo da máquina administrativa.

Diante desse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula nº 331 que ampliou a liberdade em terceirizar, flexibilizando e, conseqüentemente, viabilizando a terceirização nos serviços de vigilância, conservação e limpeza, bem como outros tipos de serviços especializados que não dizem respeito à atividade-fim do tomador.

Em razão da inexistência de uma lei específica que trate da matéria, a norma jurídica supramencionada vem sofrendo alterações ao longo dos anos, objetivando dirimir os problemas trazidos pela terceirização e embasar a Justiça do Trabalho que cada vez mais vem repreendendo os abusos e ilicitudes praticadas contra a figura do empregado. Assim, tal tema merece destaque por ser objeto, nos últimos anos, de inúmeras ações trabalhistas envolvendo o obreiro lesado e o tomador de serviços em litisconsórcio passivo com a empresa contratada.

Aplicado frequentemente pelos tribunais trabalhistas de nosso país, o texto da referida súmula não revela maiores dificuldades quanto ao conteúdo de seu inciso I, que reputa proibida

a contratação de trabalhadores por empresa interposta, exceto nos casos de trabalho temporário, na esteira do entendimento da antiga súmula nº 256 do TST, hoje cancelada, porém aplicável às situações anteriores ao advento da Constituição da República Federativa de 1988. De outra forma, a tomadora de serviços e o trabalhador têm o vínculo de emprego reconhecido nos moldes do que preceituam os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Em seu inciso II, reafirma a impossibilidade de caracterização de vínculo de emprego com os órgãos da administração direta, indireta ou fundacional pela via da terceirização, uma vez que o ingresso nos quadros da Administração Pública se dá através de concurso público, tal qual previsto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

O inciso III, por sua vez, dispõe a terceirização diferenciando atividades-fim e atividades-meio segundo a essencialidade ou não dos serviços da empresa tomadora de mão-de-obra terceirizada. Assim sendo, as atividades que integram o objeto social de uma empresa indicam sua atividade-fim, enquanto as atividades alheias ao seu objeto social são consideradas atividades-meio, desde que não estejam presentes a pessoalidade e a subordinação direta entre tomador e obreiro.

Nesta senda, quem deve direcionar e fiscalizar o trabalho do empregado é a empresa intermediária e não a tomadora do serviço. O profissional alocado na prestação de serviços não pode exercer suas funções de forma pessoal, tampouco subordinado às ordens e mandamentos da empresa tomadora de serviços, sob pena de se caracterizar o vínculo empregatício. Se assim não o fosse, estaríamos diante de simulação com o objetivo de fraudar a legislação trabalhista.

Note-se que os demais elementos caracterizadores da relação de emprego – não eventualidade, onerosidade e alteridade – não chegam a constituir, para estes casos, marcos definidores para aferição da tipicidade contratual. Assim, a Administração Pública, mediante a edição do Decreto nº 2.271/97, implementou a possibilidade de contratação de serviços em atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares, vedando textualmente a sua vinculação em atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Uma vez regulamentada, essa relação triangular entre Estado (tomador de serviços), empresa privada (prestadora de serviços) e trabalhador trouxe à tona a problemática dos limites da responsabilidade do Estado face à inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do prestador em relação ao trabalhador interpostamente contratado, resultando em conflitos que, uma vez judicializados, tiveram na Justiça do Trabalho construções interpretativas diversas.

Dentre as interpretações dominantes sobre o tema, sobressaíram-se, de um lado, a teoria do risco, com responsabilidade objetiva da Administração (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988) e, de outro, a irresponsabilidade do Estado, frente ao contido no *caput* e § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, que impõe ao contratado em processo licitatório a inteira responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, sendo que, eventual inadimplência, não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento das verbas não honradas.

Levada a matéria ao TST para uniformização de jurisprudência, adveio o inciso IV da súmula nº 331, que entendeu por responsabilizar subsidiariamente os órgãos da administração direta e indireta pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador, desde que tenham participado da relação processual e constem do título extrajudicial.

Por sua vez, a inclusão do aludido inciso no verbete jurisprudencial em comento acarretou irresignação do Poder Público no sentido de que o Tribunal Superior do Trabalho estaria negando a vigência do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ou mesmo declarando, implicitamente, ser ele inconstitucional. Lançavam o entendimento de que a Justiça do Trabalho não teria competência para criar obrigação subsidiária, na medida em que não existe no ordenamento jurídico previsão alguma para a responsabilização de forma subsidiária do tomador dos serviços, ofendendo frontalmente ao princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Diante deste impasse, o Supremo Tribunal Federal, mediante julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/2000, declarou a constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e estabeleceu que a Administração Pública deve seguir o princípio da legalidade estrita, não podendo se vincular à súmulas ou jurisprudências dos tribunais obreiros. Contudo, a despeito da constitucionalidade declarada, o próprio Presidente daquela Corte, Ministro Antonio Cezar Peluso, proferiu entendimento no sentido de que a declaração de constitucionalidade da referida norma não impediria o TST de reconhecer a responsabilidade da Administração Pública, com base nos fatos de cada caso, proibindo assim a sua aplicação genérica.

Baseado nesse entendimento, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho modificou o inciso IV da súmula nº 331 que, com a nova redação, passou a imputar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pelo prestador, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial, sem mencionar, diretamente, a Administração Pública.

Porém, somados à nova redação do inciso IV, foram incluídos na dita súmula os incisos V e VI, expressamente prevendo que, caso a empresa contratada não efetue corretamente o pagamento dos direitos trabalhistas dos seus empregados que prestam serviços em órgãos da administração pública direta e indireta, estes respondem subsidiariamente e nas mesmas condições do inciso IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações previstas na Lei de Licitações e Contratações Públicas, especialmente no que diz respeito à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, estando aí incluídas, portanto, as verbas salariais e indenizatórias pertinentes.

Com base nesse novo entendimento, a atribuição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento de suas contratadas em relação às verbas trabalhistas de seus empregados deixou de ser automática, pois não se trata de responsabilidade objetiva, passando a se fazer necessária a comprovação, em cada caso, de que houve culpa por parte do ente público, seja por má escolha da empresa prestadora (culpa *in eligendo*) seja por falha na fiscalização do contrato administrativo de terceirização (culpa *in vigilando*).

Ora, a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações trabalhistas é, por óbvio, da contratada. Já a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração Pública. Caso esse representante da Administração, especialmente designado para o acompanhamento da execução contratual, que pode, inclusive, ser auxiliado por terceiros para se desincumbir de seus misteres, deixar de realizar adequadamente essa incumbência, que inclui a verificação das obrigações trabalhistas da contratada, estará causando um dano direto aos trabalhadores da empresa interposta, devendo o ente contratante responder objetivamente e, posteriormente, acionar regressivamente o agente público que não cumpriu corretamente com as atribuições que lhe foram conferidas, na forma do artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988.

Terá havido, no caso, uma inescusável omissão na vigilância das ações da contratada, por parte do agente público especialmente designado, gerando a inafastável responsabilidade do ente público, conforme o referido comando constitucional, pois o representante deveria ter alertado a Administração acerca da inexecução contratual, o que deveria levar à adoção de medidas retificadoras ou até mesmo à rescisão motivada do contrato.

Os julgamentos proferidos pelos órgãos da Justiça do Trabalho vêm refletindo esse novo posicionamento. Todavia, reconhece a jurisprudência que a comprovação da conduta culposa da Administração Pública pelo trabalhador seria inviável, não tendo ele acesso aos documentos referentes à relação contratual havida entre tomadora e prestadora de serviços. Por essa razão, o ônus da prova é invertido: sob pena de ser responsabilizado, é o ente público quem tem que

comprovar judicialmente que agiu de forma correta e cumpriu com os deveres que lhe cabiam, a exemplo de rescindir imediatamente o contrato com a empresa terceirizada e realizar o bloqueio dos valores que seriam repassados à aludida empresa e destinando-os diretamente aos trabalhadores, com autorização judicial.

De qualquer forma, nos casos em que o tomador lograr comprovar a regularidade de sua conduta, será isento de qualquer responsabilidade, ficando o trabalhador sem receber o pagamento das verbas que lhe foram reconhecidas como devidas.

Por fim, pela análise da evolução histórica do Direito do Trabalho, verifica-se que o seu surgimento foi resultado de uma conquista humana decorrente da luta por melhores condições trabalhistas, com o objetivo de resguardar a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a proteção ao trabalhador e a proibição à discriminação, bem como para buscar a igualdade substancial do hipossuficiente mediante uma efetiva proteção.

Por isso, o princípio da vedação do retrocesso social é plenamente aplicável ao Direito do Trabalho e não há como ser conivente com a interpretação literal e isolada do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 quando visa isentar a Administração Pública da responsabilização subsidiária pelo pagamento dos créditos trabalhistas devidos aos empregados contratados mediante empresa terceirizada.

Ademais, a recusa do ente público em arcar com o pagamento das verbas devidas ao trabalhador em caso de inadimplemento por parte da empresa prestadora configura verdadeiro abuso de direito: é completamente contrário à boa-fé objetiva e à moralidade pública – princípios que devem pautar a atuação estatal – permitir que esse trabalhador fique desamparado quando foi em benefício e no interesse da Administração Pública que ele despendeu sua força de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso prático de processo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 833.

AMARANTE, Rubhia Larissa dos Santos. **Terceirização e a Responsabilidade da Administração Pública: de acordo com a súmula 331 do TST**. Monografia de conclusão do curso de direito. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, 2012.

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. **Decisório Trabalhista: repositório de jurisprudência, STF, STJ, TST, TRTs**, ed. 199, 2011.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

_____. **Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 de março de 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de março de 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de janeiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 02 de junho de 2015.

_____. Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). **Manual de gestão e fiscalização de contratos**. 1 ed. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/manualfiscal.pdf>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

_____. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 19 de março de 2015.

_____. **Lei de Licitações e Contratações Públicas**. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 09 de março de 2015.

_____. **Lei de Responsabilidade Fiscal.** Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2015.

_____. **Lei do trabalho temporário nas empresas urbanas.** Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008.** Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: < http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 16.** Julga procedente a ação, em que se busca o reconhecimento e a declaração de que o art. 71, §1º da lei 8.666/93 é válido. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=16&processo=16>. Acesso em: 16 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 610, de 22 a 26 de novembro de 2010.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 10.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

_____. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU.** 4ª Edição, 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 51.** Norma regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468 da CLT. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html>. Acesso em: 28 de março de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 239.** Bancário. Empregado de empresa de processamento de dados. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-239>. Acesso em: 28 de março de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256.** Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada). Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 28 de março de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 257.** Vigilante (mantida). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-257>. Acesso em: 28 de março de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 28 de março de 2015.

_____. TRT 13ª Região. **Recurso Ordinário Nu.: 0174800-56.2014.5.13.0025**, Relatora Juíza Convocada: Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto; Órgão Julgador – 2ª Turma; Data do Julgamento: 01/09/2015; Data da Publicação: 02/09/2015. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaAndamento?nu_processo=1748&nu_ano=2014&nu_vara=25&sq_andamento=114>. Acesso em: 29 de setembro de 2015.

_____. TRT 13ª Região. **Recurso Ordinário Proc. N° 0010900-91.2014.5.13.0025**, Relator Desembargador: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Órgão Julgador – 2ª Turma; Data do Julgamento: 30/09/2014; Data da Publicação: 01/10/2014. Disponível em:<<https://www.trt13.jus.br/jurisprudencia/#/consulta?sort=julgamento%20desc&inst%C3%A2ncia=2%C2%BA%20Grau&qq=responsabilidade%20subsidi%C3%A1ria%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20IFPB&p=2>>. Acesso em: 29 de setembro de 2015.

_____. TRT 13ª Região. **Recurso Ordinário Proc. n° 0173900-42.2014.5.13.0003**, Relator Desembargador: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Órgão Julgador – 2ª Turma; Data do Julgamento: 08/09/2015; Data da Publicação: 09/09/2015. Disponível em:<https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaAndamento?nu_processo=1739&nu_ano=2014&nu_vara=3&sq_andamento=116>. Acesso em: 29 de setembro de 2015.

_____. TRT 13ª Região. **Recurso Ordinário Processo N° 0037600-73.2014.5.13.0003**, Relator Desembargador: Wolney de Macedo Cordeiro; Órgão Julgador – 2ª Turma; Data do Julgamento: 02/12/2014; Data da Publicação: 03/12/2014. Disponível em:<https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaAndamento?nu_processo=376&nu_ano=2014&nu_vara=3&sq_andamento=92>. Acesso em: 29 de setembro de 2015.

_____. TST. **AIRR - 10900-91.2014.5.13**, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing; Órgão Julgador – 4ª Turma; Data do Julgamento: 24/06/2015; Data da Publicação: DEJT 26/06/2015. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 29 de setembro de 2015.

BRUISMANN, Dirson. **A nova redação da súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, e a responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas não adimplidos pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços**. Monografia de conclusão do curso de direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2011.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALCANTE JUNIOR. Ophir. **A Terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas,

2010.

COSTA, Tatiana Cesarina Tôrres. **A Súmula 331 do TST como instrumento de precarização laboral**. Dissertação de Mestrado em Direito. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2010.

DA CRUZ, Luiz Carlos Lima. **Responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas nos contratos de terceirização**. Monografia de conclusão do curso de Pós-graduação *Lato Sensu*. Brasília/DF: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2012.

DE MELO, Leticia Nóbrega Urbano. **Responsabilidade da Administração Pública nos Contratos de Terceirização sob a ótica da Súmula 331, IV, do TST**. Monografia de conclusão do curso de direito. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FANTONI, Natália. **A responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora em casos de terceirização de serviços**. Monografia de conclusão do curso de direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011.

FARIA, Flávio Freitas. **Terceirização no Serviço Público e Cooperativas de Trabalho**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/108683.pdf>>. Acesso em: 03 de abril de 2015.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Globalização e Direito do Trabalho. **Revista TST**, Brasília, vol. 65, n. 1, p. 217, out/dez 1999.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 114.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**: De acordo com a Lei das parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/2004). 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luiz Rodão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 29.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral das Obrigações. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 130.

JOHNSTON, Aldem. **Um estudo sobre os princípios do Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/543/Um-estudo-sobre-os-principios-do-Direito-do-Trabalho>>. Acesso em 18 de maio de 2015.

JORNAL DIÁRIO DO COMÉRCIO. **Regulamentação da Terceirização**. ed. 1595, caderno A, p. 2, jul 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEITE, Diego Brito da Cunha. **Da responsabilidade da Administração Pública na terceirização trabalhista**. Artigo de conclusão do curso de direito. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, 2014.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. Contratação irregular perante a Administração Pública. **Revista Amatra 5 - Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA**, Bahia, ano 6, v. 1, p. 35, abr 2007.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 155.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Comentários à CLT**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 846.

_____. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 804.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Jurídica Atlas, 2006. p. 16.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário**. São Paulo: LTr, 1986. p. 150.

MOREIRA, Magna Mamede. **Terceirização Trabalhista no Brasil: A Responsabilidade da Administração Pública como Tomadora de Serviço**. Monografia de conclusão do curso de direito. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.124.

NASCIMENTO, Thiago de França. **Terceirização no âmbito da Administração Pública**. Artigo de conclusão do curso de direito. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, 2014.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991. p.76.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008. p.1.

PINTO, Francilene Chaves. **Terceirização na Administração Pública: Responsabilidade do Ente Público**. Monografia de conclusão do curso de direito. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, 2013.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001.

REIS, Jair Teixeira. **Manual Prático de Direito do Trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 78.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização – Aspectos Jurídicos – Responsabilidades – Direito Comparado. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 58, n. 08, p. 938, ago 1994.

ROCHA, Laís da Costa. **Responsabilidade da Administração Pública como Tomadora de serviços nas relações terceirizadas de trabalho**. Monografia de conclusão do curso de direito. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, 2012.

ROCHA, Márcio David Braz. **A terceirização trabalhista no âmbito da Administração Pública**. Monografia de conclusão do curso de direito. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, 2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Princípios de Direito do Trabalho**. 7. ed. atual. São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: série concursos públicos**. 10. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 38.

SARTOR, Valdete Cardoso Cichella. **Hipóteses caracterizadoras da responsabilidade subsidiária do Estado em razão de verbas trabalhistas inadimplidas por particular em**

contrato de terceirização no âmbito da Administração Pública. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. Criciúma: Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, 2013.

SEKIDO, Amelia Midori Yamane. **Terceirização na Administração Pública: A gestão e a fiscalização dos contratos.** Monografia de conclusão de curso de especialização em Auditoria Governamental. Brasília: Universidade Gama Filho, 2010.

SILVA, Karina Orlandi Ribeiro. **Responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública: critério subjetivo adotado após a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei nº 8.666/93 pelo STF (ADC-16/DF) e posterior alteração da súmula 331 do TST.** Monografia de conclusão do curso de direito. Brasília: Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2012.

SILVA, Paulo Antônio Maia e. **Direito do Trabalho.** 1. ed. São Paulo: Edijur, 2011.

SOARES, Talita Raquel Batista. **Terceirização de atividades pela Administração Pública.** Monografia de conclusão do curso de direito. João Pessoa: Centro Universitário de João Pessoa, 2012.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriele Neves; AMORIM, Elder Santos. Terceirização – Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST: Novos Enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo: Lex Editora, vol. 77, p. 76-77, jan/mar 2011.

ANEXO I

SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NA ÍNTEGRA

Súmula nº 331 do TST

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

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

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

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

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

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

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

Histórico:

Súmula mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Súmula alterada (inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000
Nº 331 (...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Redação original (revisão da Súmula nº 256) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994
Nº 331 (...)

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).

(...)

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