

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

Kamila Feitosa Barbosa

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERANTE OS
CONTRATOS TERCEIRIZADOS**

SOUSA
2016

KAMILA FEITOSA BARBOSA

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERANTE OS
CONTRATOS TERCEIRIZADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Alexandre da Silva Oliveira.

SOUSA

2016

KAMILA FEITOSA BARBOSA

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERANTE OS
CONTRATOS TERCEIRIZADOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal de Campina
Grande, como exigência parcial da obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 07 de outubro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Esp. Alexandre da Silva Oliveira
ORIENTADOR

Prof(a) Emília Paranhos

Prof. José Alves Formiga

Ao meu Deus e minha Nossa Senhora de Fátima, fonte de vida, de fé, que me protegem e mantêm firme diante dos obstáculos. A minha mãe, pelo seu imenso amor, pela sua dedicação diária. Ao meu pai, pelos seus ensinamentos. A minha tia Irani, por fazer o papel de segunda mãe. Aos meus irmãos, pelos cuidados e por sempre se fazerem presentes no meu caminho.

*Posso todas as coisas naquele que me fortalece. O meu Deus, segundo as suas riquezas suprirá todas as nossas necessidades, em glória, por Cristo Jesus.
Fil.4, 13 e 19.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a Nossa Senhora de Fátima, por não me fazer desistir dessa caminhada, me mantendo sempre perseverante e fortalecida diante das dificuldades;

Agradeço a minha família, pelo incentivo e apoio constante e de modo especial aos meus irmãos, Luídio, Livio e Dyego, nos quais são meus exemplos de honestidade e dedicação, por sempre segurarem a minha mão em todos os momentos, me protegendo, orientando e cuidando;

Ao meu namorado, Nogueira Neto, pelo seu amor, companheirismo e por não medir esforços para me auxiliar;

Agradeço aos meus professores, pela disposição em ajudar e compreensão a mim dispensada, e, em especial, ao meu orientador professor Alexandre da Silva Oliveira, exemplo de dedicação e profissionalismo, pela orientação, paciência e atenção que despendeu para o decorrer do presente trabalho;

Aos meus amigos cearenses e paraibanos por tornarem a caminhada mais cheia de alegria, por se fazerem presentes mesmo que distantes, pelo carinho e sorrisos largos.

Enfim, agradeço a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, pela realização deste trabalho,

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ART – Artigo

CCB – Código Civil Brasileiro

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DF – Distrito Federal

DJU – Diário de Justiça da União

DL – Decreto-Lei

RO – Recurso Ordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TJCE – Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

Este trabalho monográfico aborda as disposições antagônicas existentes no artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 e a Súmula nº 331 do TST no que tange à responsabilização do Estado pelos encargos trabalhistas, decorrentes da relação existente nesse triângulo laboral que tem como protagonistas do cenário jurídico a administração pública, o fornecedor de mão de obra e os trabalhadores. Analisa-se a evolução do direito do trabalhador, pois apesar do fenômeno da terceirização não ser recente na história do Brasil, foi apenas na década de 90 que ocorreu sua intensificação e disseminação. Com isso, a problemática desta pesquisa é voltada ao estudo das relações entre a Administração Pública e os diretamente envolvidos em contratos de terceirização, analisando se a falta de vínculo entre Estado e trabalhador não fere os princípios fundamentais, expressos na Constituição Federal de 1988, em especial o da dignidade da pessoa humana. Destaca-se as correntes favoráveis e desfavoráveis da responsabilização da Administração Pública frente aos contratos de Terceirização. O objetivo consiste em aprofundar o estudo sobre o vínculo existente entre o ente estatal e os prestadores diretos de serviços terceirizados, onde os direitos dos trabalhadores devem ser protegidos além do que expressa o texto normativo. Desse modo, faz-se necessário examinar a real legalidade do art. 71 da Lei de Licitações ao eximir a Administração Pública de responder pela inadimplência da contratada perante direitos trabalhistas dos terceirizados. Busca-se, com a realização da pesquisa, sustentar a necessidade da observância e defesa da efetiva relação de responsabilidade do Estado perante aqueles que realizam diretamente as atividades-meio.

Palavras – chave: Administração Pública. Terceirização. Dignidade Humana.

ABSTRACT

This monograph addresses the existing antagonistic provisions in Article 71, paragraph 1 of Law 8.666 / 93 and the Precedent 331 of the TST regarding the accountability of the State for labor charges stemming from this relationship work triangle that has as its protagonists the legal scenario administration, the hand provider of work and workers. It analyzes the evolution of the worker's right, because despite the outsourcing phenomenon is not new in the history of Brazil, it was only in the 90s that was its intensification and spread. Thus, the problem of this research is devoted to the study of relations between the public administration and directly involved in outsourcing contracts, analyzing the lack of relationship between the state and worker does not violate the fundamental principles expressed in the Constitution of 1988, especially the dignity of the human person. Noteworthy is the favorable and unfavorable currents accountability of public administration front of outsourcing contracts. The aim is to deepen the study of the link between the state entity and direct providers of outsourced services, where the rights of workers must be protected beyond expressing the normative text. Thus, it is necessary to examine the actual legality of art. 71 of the Public Procurement Law to exempt the Public Administration to respond by default before the contracted labor rights of third parties. Seeks, with the research, support the need for observance and protection of the effective state relationship of responsibility to those who directly perform activities - Middle.

Keywords: Public Administration. Outsourcing. Human dignity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO	13
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO.....	13
2.1.1 Direito Trabalhista Brasileiro	16
2.2 ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO	18
2.2.1 Trabalho por Pessoa Física	20
2.2.2 Pessoaalidade	20
2.2.3 Não eventualidade	20
2.2.4 Onerosidade	21
2.2.5 Subordinação	22
2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO	22
3 O ESTADO COMO TOMADOR DE SERVIÇOS	29
3.1 O SERVIÇO PÚBLICO E AS VISÕES DOUTRINÁRIAS DE TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA.....	29
3.1.1 Terceirização Lícita e Ilícita	34
3.2 LIMITES NA TERCEIRIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	37
3.2.1 Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público	37
3.2.2 Princípio da Legalidade	38
3.2.3 Atividades passíveis de terceirização	39
3.2.4 Os princípios constitucionais da impessoalidade e da imoralidade e o concurso público	39
4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO	42
4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE OS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO	42
4.1.1 Argumentos desfavoráveis à responsabilização da administração pública frente aos encargos trabalhistas no âmbito dos contratos de terceirização	43
4.1.2 Argumentos favoráveis à responsabilização da administração pública frente aos encargos trabalhistas no âmbito dos contratos de terceirização	45
4.2 A SÚMULA Nº 331 DO TST E A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR	50
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da responsabilidade da Administração Pública perante a terceirização de serviços. Os fortes avanços da era capitalista no contexto geopolítico atual exigem de todos os protagonistas do cenário econômico mundial globalizado a otimização de seus meios de produção como forma de se atingir a excelência na prestação dos serviços inerentes à sua atividade-fim.

Dessa forma, a terceirização, como fenômeno que dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista, veio viabilizar a eficiência no funcionamento organizacional não só de pessoas jurídicas de direito privado, mas também das pessoas jurídicas de direito público, que têm se valido de fornecedores de serviços alheios à sua estrutura organizacional para propiciar mais eficiência no seu mister de atender aos anseios da coletividade, ou seja, a administração pública tem, cada vez mais, buscado parcerias com o setor privado a fim de que este possa gerenciar as atividades de apoio e instrumentais daquela, possibilitando, por conseguinte, que o ente público possa desempenhar de forma eficiente o seu papel institucional.

Busca-se demonstrar se o Estado tem o trabalhador terceirizado como peça fundamental para a organização do seu processo produtivo, realizando atividades instrumentais, tais como transporte e limpeza, propiciando benefícios diretos, faz-se necessária a extensão dos laços justralhistas, principalmente, no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, o trabalho estuda o instituto da terceirização, a evolução histórica da legislação pertinente a este instrumento, o Estado como tomador de serviço e sua responsabilidade direta perante o trabalhador.

Assim, tem como objetivos gerais examinar o vínculo existente entre a Administração Pública e os prestadores diretos de serviços terceirizados, a incumbência diante os encargos trabalhistas não adimplidos pela empresa que emprega o obreiro.

O objetivo específico é avaliar se a ausência de responsabilidade direta da Administração Pública perante os terceirizados não fere o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como destacar as correntes favoráveis e desfavoráveis da responsabilização daquela frente aos contratos de Terceirização.

Pode-se, ainda, citar como objetivo específico a análise minuciosa da Súmula 331 do TST defronte o estudo integral do art. 71, da Lei nº 8.666/1993.

A metodologia a ser empregada no presente trabalho será a pesquisa de fundamentos teóricos de doutrinadores em livros, artigos científicos e internet, a pesquisa a jurisprudência dominante, explanações normativas brasileiras, leis e a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

O trabalho é dividido em três capítulos. O primeiro trata dos aspectos históricos do Direito do Trabalho, conceitos, finalidades, bem como as transformações legislativas ocorridas com o fenômeno da terceirização.

O segundo capítulo aborda a necessidade de terceirizar as atividades-meio desempenhadas pelo Poder Público, as visões doutrinárias e legais acerca da licitude ou não do instrumento em estudo.

O terceiro capítulo adentra no aspecto da responsabilidade civil do Estado perante os contratos de terceirização, englobando as verbas trabalhistas e a proteção do trabalhador.

A presente pesquisa nasce, desta forma, da hipossuficiência na qual encontra o trabalhador brasileiro diante do seu empregador, principalmente, no que diz respeito a relação trilateral protagonizada pela Administração Pública, que busca eximir-se de qualquer obrigação para com aquele. Portanto, procura investigar se com a terceirização há violação aos Princípios Fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente o princípio da dignidade do ser humano trabalhador.

2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Neste capítulo será examinado o progresso do Direito do Trabalho, tanto a nível internacional como brasileiro, bem como será abordado os elementos que compõem a relação empregatícia e a evolução histórica e normativa da terceirização na Administração Pública.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Com o progresso das atividades de cunho econômico surge a necessidade de controlar a sociedade por meio de tutelas específicas e especializadas voltadas para o trabalhador, pois é este o mais atingido devido as diversas modificações existentes no mundo contemporâneo.

Direito do Trabalho para Delgado (2015, p.45):

É ramo jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea. Seu estudo deve iniciar-se pela apresentação de suas características essenciais, permitindo ao analista uma imediata visualização de seus contornos próprios mais destacados.

O Doutrinador expõe no seu posicionamento a necessidade de conhecer a origem do Direito do Trabalho, bem como toda a sua evolução histórica, na qual explica as instituições protetivas subseqüentes.

Foi com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra, que passou a ser controlado o sistema capitalista, fortalecendo medidas de civilidade originada pelo dinamismo que sua economia proporciona à sociedade, buscando eliminar as formas desumanas de utilização da força de trabalho, garantindo a dignidade da pessoa humana.

A garantia deste Princípio Fundamental, expresso na Constituição da República Federativa de 1988, no seu Artigo 1º, inciso III, é o objetivo principal no qual encontra-se toda a base do ordenamento jurídico, proporcionando bem estar e justiça social no intuito de estabelecer normas reguladoras de qualidade de vida ao trabalhador brasileiro. Assim, defende Nascimento (2011, p.32):

(...) O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes. A necessidade de dotar a ordem jurídica de uma disciplina para reger as relações individuais e coletivas de trabalho cresceu no envolvimento das “coisas novas” e das “ideias novas” (...)

Durante o período antigo da história, o homem é direcionado a satisfazer suas necessidades básicas e a se proteger, utilizando a caça, pesca, a luta contra a natureza como meios constantes de sobrevivência. A mão é o instrumento marcante e o trabalho escravo é meio mais expressivo de representação da Idade Antiga (4.000 a. C), na qual o homem é tipificado como objeto.

No feudalismo, havia o regime da servidão, em que a pessoa em troca de proteção política e militar, devido as cotidianas guerras e invasões, submetia-se a ser escrava da terra do senhor feudal, tendo a sua liberdade restringida.

As corporações de ofício surgiram na Idade Média, sendo marcada pelo autoritarismo, apesar de proporcionar certa liberdade para os trabalhadores, pois as relações eram marcadas mais pelos interesses daquelas do que pela proteção destes. Seus membros podiam ser divididos em três modalidades: mestres, companheiros e aprendizes. Os mestres eram proprietários de oficinas, com aprovação na execução de uma obra mestra; os companheiros recebiam salários dos mestres, sendo considerados trabalhadores livres; os aprendizes eram menores que recebiam dos mestres um ensinamento metódico do ofício ou profissão, que ao superarem as dificuldades dos ensinamentos passavam ao grau de companheiro.

Com a Revolução Francesa foram abolidas as corporações de ofício, por serem incompatíveis com o ideal de liberdade individual do homem, que no liberalismo o Estado não devia intervir na questão econômica.

Declara Delgado (2015, p.88):

O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil (...).

O mencionado Direito surge com a sociedade industrial e o trabalho assalariado, no qual a Revolução Industrial, no século XVIII, acarretou a

necessidade de pessoas para operar as máquinas a vapor e têxteis substituindo o trabalho escravo, servil e corporativo.

Nascimento (2011, p.33) afirma que:

(...) Os efeitos do capitalismo e das condições da infraestrutura social se fizeram sentir com muita intensidade com a Revolução Industrial. Destaque-se o empobrecimento dos trabalhadores, inclusive dos artesãos, a insuficiência competitiva da indústria que florescia, os impactos sobre a agricultura, os novos métodos de produção em diversos países e as oscilações de preço. A família viu-se atingida pela mobilização da mão de obra feminina e dos menores pelas fábricas. Os desníveis entre classes sociais fizeram-se sentir de tal modo que o pensamento humano não relutou em afirmar a existência de uma séria perturbação ou problema social.

Assim, defende o Doutrinador que as precárias condições de trabalho, com excessivas jornadas e exploração do trabalho de mulheres e menores, geraram reivindicações por parte dos trabalhadores, que passaram a se reunir em busca de melhores condições laborativas, dando origem a chamada questão social.

O Estado, deixando sua abstenção, passou a intervir nas relações trabalhistas, proporcionando tutela ao trabalhador através de legislações proibitivas de abusos do empregador.

As mudanças relatadas fortaleceram-se a partir do ideal de justiça social defendida pela doutrina social da Igreja Católica.

Surge, ainda, após o término da Primeira Guerra Mundial o surgimento do Constitucionalismo Social, que significou a inclusão, nas Constituições, de colocações pertinentes à defesa de interesses sociais, inclusive garantindo direitos trabalhistas.

A Constituição do México de 1917 foi a primeira que dispôs sobre o Direito do Trabalho, no qual o seu artigo 123 expressava que: a jornada diária de 8 horas; a jornada máxima noturna de 7 horas; a proibição do trabalho de menores de 12 anos; a limitação da jornada de menor de 16 anos para 6 horas; o descanso semanal; a proteção à maternidade; o direito ao salário mínimo; a igualdade salarial; a proteção contra acidentes no trabalho; o direito de sindicalização; o direito de greve, conciliação e arbitragem de conflitos; o direito à indenização de dispensa e seguros sociais.

Também no plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, também prevê diversos direitos trabalhistas, como férias remuneradas, limitações de jornada, dentre outros.

2.1.1 Direito Trabalhista Brasileiro

A Constituição Imperial de 1824, seguindo o liberalismo, aboliu as corporações de ofício, determinando a obrigação de existir liberdade de exercício de profissões.

No Brasil, a Lei Áurea, de 1888, apesar de não possuir nenhum caráter justralhista pode ser tomada como o marco inicial de referência da História do Direito Trabalhista brasileiro, pois constituiu diploma que eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo laboral, a escravidão, bem como estimulou a incorporação da utilização da força de trabalho, a relação de emprego.

O primeiro período significativo na evolução do Direito do Trabalho no Brasil estende-se de 1888 a 1930, identificando-se sob a denominação de fase de manifestações incipientes ou esparsas, onde a relação empregatícia se apresenta relevante apenas no segmento agrícola cafeeiro.

Tem como característica a presença de um movimento operário ainda sem arraigada capacidade de organização e pressão, devido a incipiência de seu surgimento e perspectiva do quadro econômico-social da época, não tendo firmeza para constituírem um conjunto diversificado e duradouro de práticas e resultados de normas, oscilando em ciclos esparsos de avanços.

O período seguinte a se destacado na evolução histórica do direito trabalhista no Brasil será a fase de institucionalização ou oficialização deste Direito. Tendo como marco inicial o ano de 1930, onde os imigrantes em nosso país deram origem a movimentos operários, reivindicando melhores condições de trabalho, firmando a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo laborativo até o final da ditadura getulista (1945).

A primeira Constituição brasileira, influenciada pela política trabalhista de Getúlio Vargas, a ter normas específicas de Direito do Trabalho, foi a de 1934, com influência do chamado constitucionalismo social.

O modelo justralhista do período Vargas era formado a partir de políticas integradas, administrativas, nas quais contemplavam, inclusive, a administração federal, de modo a viabilizar a coordenação de ações institucionais a serem desenvolvidas. Criou-se, assim, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, pelo

Decreto n. 19.443, de 26.11.1930. Meses após, em 04.02.1931, instituiu-se o Departamento Nacional do Trabalho.

A Constituição de 1937, com características predominantes do sistema corporativista, expressa a intervenção do Estado tendo instituído o sindicato único, intervindo nas relações entre empregados e empregadores, além de proibir a greve, pois esta era vista como recurso anti-social e nocivo a economia.

Delgado (2015, p.117), parafraseando o cientista político Leôncio Martins Rodrigues, faz importante observação acerca do sindicalismo no período do Governo Vargas, declarando:

(...) Um dos fatos que chama a atenção na história do sindicalismo brasileiro é a extraordinária persistência do tipo de sindicato esboçado após a vitória de Vargas e completado durante o Estado Novo. Atribuiu-se sua criação à influência das doutrinas fascistas então em moda, principalmente à Carta do Trabalho italiana. No entanto, depois de 1945, com a chamada redemocratização do país, o modelo de organização sindical que parecia ter sido uma imposição artificial da ditadura varguista (sob influência fascista) não sofreu alterações que afetassem sua essência.

O que se mostra evidente é que no período compreendido de 1930 a 1945 o conjunto do modelo justralhista se manteve quase intocado, sofrendo seu mais substancial questionamento no resultado da Constituição de 1988.

Em 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452 ocorreu a sistematização e reunião das diversas leis esparsas sobre o Direito do Trabalho, existentes à época. Representando uma maturidade na ordem social, consagrada pelos benefícios distribuídos, bem como pelo julgamento da opinião pública consciente, sob o espírito da equidade.

O ordenamento jurídico brasileiro tradicional sempre teve o condão de excluir ou delimitar, substantivamente o espaço aberto à construção jurídica própria pelos grupos sociais, jamais decidindo o papel da negociação coletiva e de seus instrumentos clássicos, como a convenção coletiva do trabalho e o acordo coletivo.

A Carta Magna trouxe o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país, inovando perante todas as Constituições anteriores ao estabelecer que todo o poder emane do povo, que o exercerá por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. Assegurou-se a liberdade associativa e sindical, com autonomia de organização e gestão para as entidades sindicais no

país, especialmente sem interferência administrativa do Estado (art. 8º, I e II, CF/88), assim como fixaram reconhecimento e incentivos essenciais para a negociação coletiva trabalhista na sociedade civil, com o intermédio das entidades sindicais.

A Constituição Federal de 1988 por meio de princípios, regras e institutos jurídicos que intensificaram a força e o campo normativo na sociedade e na economia brasileira propiciaram um novo avanço ao Direito do Trabalho, permitindo aguçar, no estuário normativo básico do país, a visão coletiva dos problemas, em anteposição à visão individualista.

Delgado (2015, p.128) defende em sua obra os avanços democráticos da Constituição de 1988:

Do ponto de vista da criação de condições favoráveis a mais ampla participação dos grupos sociais na geração de normas jurídicas a comporem o universo normativo do país, democratizando o sistema de gestão trabalhista vigorante, parece claro que a nova Constituição teve flagrante intenção de colocar a sociedade brasileira nesse caminho. Já em seu Preâmbulo, a Constituição fala em exercício de direitos sociais e individuais, faz menção a uma "sociedade pluralista" e defende a solução pacífica de conflitos. Nos Princípios Fundamentais, refere-se a valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a uma sociedade livre, justa e solidária, reiterando a noção de solução pacífica de conflitos.

Buscou a Carta Magna através dos instrumentos políticos clássicos e dos mecanismos de produção autônoma do Direito valorizar notavelmente o exercício direto do poder, confirmando essa intenção ao destacar a importância das convenções e dos acordos coletivos (arts. 7º, XXVI e 8º, VI, CF/88).

2.2 ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Historicamente, a relação trabalhista nasceu com o sistema produtivo feudal, mas, somente, séculos depois surgiria o trabalho subordinado, como elemento nuclear da relação empregatícia.

A relação de trabalho e relação de emprego são vistas de forma distinta pelo Direito, em que a primeira expressão aborda todas as relações jurídicas, devido a sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em trabalho humano, ou seja, trata-se de toda modalidade admissível de contratação laborativa.

Delgado (2015, p.297) afirma que “a expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor.” Traduz a acomodação de toda e qualquer forma de acordo de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico.

A relação de emprego, vista juridicamente, é uma das modalidades específicas da relação de trabalho, em que, junto com a significativa relevância socioeconômica, conduz uma tendência expansionista voltada a submeter suas regras a força do mercado de trabalho, impulsionando a economia contemporânea, bem como origina um universo de princípios e institutos jurídicos específicos.

O trabalho empregatício (enquanto trabalho livre, mas subordinado) constitui, hoje, a relação jurídica mais importante e freqüente entre todas as relações de trabalho que se tem formado na sociedade capitalista (DELGADO, 2015, p.298).

A relação em estudo resulta de um diversificado conjunto de fatores agrupados em um dado contexto social ou interpessoal. Dessa forma, os elementos fático-jurídicos nos quais compõem a relação de emprego são cinco: prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador qualquer; prestação efetuada com *personalidade* pelo trabalhador; também efetuada com *não eventualidade*; efetuada ainda sob *subordinação* ao tomador de serviços; prestação de trabalho efetuada com *onerosidade* (DELGADO, 2015, p.299).

Esses elementos acima mencionados existem independente do Direito, porém são reconhecidos por este, sendo criação de realidades fáticas relevantes. São apontados no *caput* art. 3º, da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

O art. 2º, da Consolidação mencionada, quando afirma que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços”, também aponta, claramente, os elementos estudados.

Analisa-se a seguir cada um desses fatores:

2.2.1 Trabalho por Pessoa Física

A prestação de serviços pactuada, relevantes para o Direito do Trabalho, por pessoa natural, em que as legislações trabalhistas visam tutelar os bens inerentes à pessoa como, por exemplo, a vida, saúde, integridade moral. Esses direitos não podem ser usufruídos por pessoa jurídica.

Na verdade, a própria palavra *trabalho* já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete *serviços* abrange obrigação de fazer realizada que por pessoa física, quer pela jurídica (DELGADO, 2015, p.301).

2.2.2 Pessoalidade

O pressuposto da pessoalidade requer que a execução das atividades seja feita pessoalmente pelo empregado, sem fazer-se substituir alternadamente por outro trabalhador ao longo da efetivação dos serviços pactuados.

A relação jurídica acordada deve ser *intuitu personae*, com respeito ao prestador de serviços. Conforme ressalta Delgado (2015, p.301), “é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de *infungibilidade*, no que tange ao trabalhador”.

Faz-se necessário mencionar que algumas situações, como férias, licença-gestante, afastamento para cumprimento de mandato sindical, têm as substituições autorizadas pela norma, em que inexistente a supressão do elemento fático-jurídico da pessoalidade ligado a relação de emprego.

A personalíssima obrigação de prestar serviços não se transmite a herdeiros e sucessores, encerrando, de imediato, o contrato entre as partes com a morte do empregado, no qual somente sobre a figura deste incide o elemento em questão.

2.2.3 Não eventualidade

O Direito do Trabalho incentiva normativamente a permanência contínua da relação de emprego, na qual o trabalho prestado tenha um não se qualifique como esporádico, mesmo que seja exercido por um curto período determinado.

O conceito de não eventualidade é um dos mais controvertidos das normas trabalhistas, conforme destaca-se na forma da CLT eleger a expressão “serviços de

natureza não eventual” (art. 3º, *caput*) para abordar o elemento fático-jurídico em questão; e, a Lei do Trabalho Doméstico valer-se do termo “serviços de natureza contínua” (art. 1º, Lei 5.859/72).

É imprescindível que o operador jurídico busque uma posição sensata de uma verificação convergente das diferentes teorias estudadas em caso concreto. Delgado (2015, p.304) explicita que as principais teorias informadoras da noção de eventualidade (e, conseqüentemente, de não eventualidade) são: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica.

A teoria da descontinuidade defende o trabalho com rupturas e espaçamentos temporais; a teoria do evento, o trabalhador é admitido devido a certo fato ou evento esporádico ocorrido; a dos fins do empreendimento, esclarece que será eventual quando o trabalhador for chamado a realizar atividades não incluídas nas finalidades normais da empresa, e, a teoria da fixação jurídica do tomador de serviços defende ser eventual em casos que o trabalhador não possui uma fonte de trabalho fixa.

2.2.4 Onerosidade

O valor econômico da força de trabalho caracteriza a relação empregatícia, solidificada por um complexo de verbas contraprestativas cumpridas pelo empregador ao empregado, devido a relação pactuada.

Com ênfase, destaca Delgado (2015, p.307-308):

A pesquisa do elemento *onerosidade* no contexto de uma relação sociojurídica concreta deve envolver duas dimensões diferenciadas, mas combinadas: um plano objetivo de análise, ao lado de um plano subjetivo de análise do mesmo elemento.

No plano objetivo, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado (...)

No plano subjetivo, a onerosidade manifesta-se pela intenção contraprestativa, pela intenção econômica (intenção onerosa), pois conferida pelas partes - em especial pelo prestador de serviços - ao fato da prestação de trabalho. Existirá o elemento fático-jurídico da onerosidade no vínculo firmado entre as partes caso a prestação de serviços tenha sido pactuada, pelo trabalhador, com o intuito contraprestativo trabalhista, com o intuito essencial de auferir um ganho econômico pelo trabalho ofertado. (...)

Faz-se necessário verificar o *animus contrahendi* para explicar a real intenção das partes (principalmente, do prestador de serviços) em relação à natureza e os efeitos jurídicos formado entre empregado e empregador.

2.2.5 Subordinação

É este o elemento de maior incidência de distinção entre as inúmeras modalidades de trabalho autônomo e a relação de emprego.

A subordinação é encarada, no Direito do Trabalho, sob um ângulo objetivo, devido atuar sobre a pessoa do trabalhador e não pela maneira de realização da atividade. Consiste em uma situação jurídica originada do contrato de trabalho, em que o contratado responsabiliza-se a acatar o poder de direção empresarial.

Significa, portanto, limites à autonomia do empregado, de tal maneira que a concretização dos serviços pactuados seja traçada nas diretrizes do empregador. Não se refere a um vínculo de sujeição pessoal, pois subordinado não é o trabalhador e sim a função desenvolvida por ele na empresa.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

O fenômeno da terceirização surgiu com o objetivo de inserir o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços, sem estender a estes os laços justralhistas, que se mantêm fixados com uma entidade interveniente, provocando uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista.

O modelo triangular é formado pelo prestador de serviços, mais conhecido como obreiro, que realiza suas atividades materiais e intelectuais; pela empresa terceirizante, que firma os vínculos jurídicos com o trabalhador; e, pela empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação laborativa sem assumir a posição clássica de empregadora,

Conforme Delgado (2015, p.473):

A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do

Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

O fenômeno estudado origina da dissociação da relação econômica de trabalho dos laços justralhistas que lhe seria correspondente, inserindo o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam tais laços, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.

Após o período da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) surgiu a necessidade de crescimento da produtividade da indústria bélica, com o intuito de manter a oferta para os países em conflito. Assim, as empresas necessitaram reformar a forma de produção, delegando atividades não essenciais a terceiros.

Os países vencedores do conflito mundial apresentaram enormes conquistas no plano econômico. Surgiu, concomitantemente, o modelo de produção denominado Taylorismo, que aliado ao modelo fordista, comandou o projeto industrial capitalista, com grandes massas de trabalhadores, vinculados a funções pouco especializadas, conectadas a rolante linha de produção.

A acumulação de capital provocou uma crise estrutural nos anos de 1970, ocasionando uma fase de retrocesso e limitação de direitos nas relações de trabalho e de emprego. As transformações ocasionaram a criação de um novo modelo de produção, que tinha como objetivo “elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico” (DELGADO, 2005, p.47), conhecido como modelo Toyotista, implementando a ideia de horizontalização da empresas. Nesse sentido, afirma Delgado que (2005, p.47):

(...) o toyotismo propõe a subcontratação de empresas, a fim de delegar a estas tarefas instrumentais ao produto final da empresa pólo. Passa-se a defender, então, a idéia de empresa enxuta, disposta a concentrar em si apenas as atividades essenciais a seu objetivo principal, repassando para as empresas menores, suas subcontratadas, o cumprimento das demais atividades necessárias à obtenção do produto final almejado.

Ao analisar o posicionamento do doutrinador pode-se observar que o surgimento de empresas de pequeno porte, ocorrendo simultaneamente ao processo de descentralização das etapas periféricas de produção, criado pelas grandes empresas, tem como o objetivo prestar serviços de importância inferior, subsidiando as grandes empresas, mediante a produção de atividades-meio, não

pertencentes ao objeto principal da empresa beneficiária, possibilitando, assim, a complementação do ciclo do processo produtivo.

No Direito do Trabalho Brasileiro, a terceirização é fenômeno novo, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão somente nas últimas décadas.

A CLT, à época da sua constituição, na década de 1940, mesmo não existindo grande abrangência ao fenômeno da terceirização, fez menção em seus artigos a subcontratação da mão-de-obra através das figuras da empreitada, subempreitada e pequena empreitada, sendo consideradas referências incipientes.

O fato social do objeto em estudo não teve uma importante significação socioeconômica nos impulsos de industrialização experimentados pelo país nos anos 1930/40, o que explica a ausência da relação trilateral, mesmo após as ligeiras menções na CLT, onde até a década de 1950 era predominante o vínculo bilateral empregado-empregador nas relações de produção, “sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante” (DELGADO, 2015, p.474).

Em fins da década de 1960 e início dos anos 70 foi instituída na ordem jurídica brasileira uma referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização, direcionada, a princípio, ao segmento estatal de mercado de trabalho – Administração Direta e Indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Foi em meio à proposta de Reforma Administrativa na área Federal que originou o Decreto-Lei nº 200 de 1967, o primeiro diploma normativo a abordar o assunto da terceirização no seu art. 10, § 1º, alínea c, concomitante com o § 7º:

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

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

(...)

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

(...)

§ 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 partir deste momento, a Administração Pública poderia contratar o fornecimento de mão-de-obra terceirizada, de seu interesse próprio, para a realização de tarefas executivas, como, por exemplo, o serviço de limpeza de um prédio público. Trata-se de cessão de tarefas ou serviços a serem realizados por empresas tecnicamente capacitadas.

Vigorava, nesta mesma época, um modelo de administração pública e burocrática, em que a preocupação maior residia na desburocratização do processo de decisão e controle operacional e financeiro das empresas estatais. “O grande desafio da época era flexibilizar a administração dessas empresas para atribuir maior operacionalidade e reduzir custos nas atividades econômicas do Estado.” (AMORIM, 2009, p.105)

Algumas das atividades passíveis de terceirização, tratando-se de rol exemplificativo, foram externadas na Lei nº 5.645/70, no art. 3º, parágrafo único, na qual foi revogada pela Lei nº 9.527, de 1997, ao dispor que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato”. Ficando evidente o limite que tais atividades podem extrair da lei, ou seja, a necessidade de que oferecer um suporte de apoio, instrumentalidade e atividade-meio.

Em 1974, através da Lei 6.019, foi regulamentada a terceirização no mercado privado através do modelo temporário, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico bilateral, provocando uma inflexão no sistema trabalhista brasileiro, mesmo que limitada, pois não autorizava a terceirização permanente, produzindo efeitos transitórios no tempo. Tal autorização somente veio a ocorrer com a Lei 7.102, de 1983, que tem como objeto sistematizar o trabalho bancário de vigilante, abrangendo, assim, categoria profissional específica.

Com isso pode ser citado como relevante a edição do Enunciado nº 256, do Tribunal Superior do Trabalho, em 30/09/1986, que restringia a licitude da terceirização na iniciativa privada às hipóteses de trabalho temporário e vigilância bancária, incitando, ao mesmo tempo, a mesma prestação de serviços em atividades de apoio administrativo no âmbito do Poder Público. Esta diferença de tratamentos entre o público e o particular repercutiu internamente na própria Administração Pública, ocorrendo divergências entre os entes com personalidade jurídica de Direito Público, regido pela Lei, já mencionada, nº 5.645/70, e as

empresas estatais exploradoras de atividade econômica, baseadas no art. 173 da Constituição Federal de 1988.

Também no ano de 1986, foi publicado o Decreto-Lei nº 2.300, disciplinando as licitações e contratos no âmbito da Administração Federal, com previsão expressa da possibilidade de regime de execução indireta de obras e serviços (art. 9º, II).

O fundamento para a contratação de serviços, incluídos, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação está na CF/88, em seu inciso XXI do art. 37. “É evidente que o intuito do legislador não foi o de inovar – pois tais contratos sempre foram celebrados –, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta” (PIETRO, 2005, p.236).

Foi editada em 21/07/1993 a Lei nº 8.666, Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, instituindo normas a fim de dar cumprimento ao artigo da CF/88 mencionado no parágrafo anterior, permitindo também a execução indireta de obras e serviços (art.10, II), em que a responsabilidade pelo cumprimento das prestações fica a cargo de um terceiro.

A referida Lei, em seu art. 6º, II, define serviços como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse da Administração”, delimitando as atividades passíveis de terceirização e afastando a contratação de mero serviço de mão de obra, visto que objetiva a um resultado almejado por meio da atividade contratada.

O parágrafo único do art. 442, da CLT, foi alterado pela Lei 8.949, de dezembro de 1994 provocando uma nova forma terceirizante no suporte de fórmulas cooperadas, no qual dispõe que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”. Fixando uma simples presunção relativa de ausência de vínculo de emprego.

Em 2012 foi publicado novo diploma jurídico, Lei 12.690, regulando as “Cooperativas de Trabalho”, na qual amplia o dispositivo mencionado no parágrafo anterior, expressando que tais cooperativas não podem ser utilizadas para intermediação de mão de obra subordinada.” Desse modo, seja quando configurada a relação de emprego entre a entidade cooperativista e seu sócio cooperado, seja quando configurada esta relação com a entidade tomadora de serviços”, ou não atendendo os princípios das diretrizes da dupla qualidade e da retribuição pessoal

diferenciada, prevalece a relação de emprego, quer com a entidade cooperada, quer com o tomador de serviços.

A década de 1990, caracterizada pelo pensamento e estratégia antissociais deflagrados no Ocidente e marcada por um período de acolhimento pelos governantes das políticas neoliberalistas, acarretou significativas mudanças legislativas relacionadas ao quesito da terceirização, inclusive com enxugamento do quadro de pessoal.

Assim, devido a pressão exercida, foi editada em dezembro de 1993 a Súmula 331, do TST, calcada na diferença entre o mero fornecimento de mão de obra e a verdadeira terceirização, passando a admitir esta com atividade-meio, estendendo a abrangência para as empresas estatais, pois, até então, era concedido apenas às Pessoas Jurídicas de Direito Público.

O enunciado da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, essencial para o crescimento social e econômico do país, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho.

De suma importância, marcante na história normativa de mão de obra terceirizada foi a inclusão do Decreto 2.271/97 na ordem jurídica nacional, que traz impedimentos ao desvirtuamento pela Administração Pública de contratação de serviços. Tal Decreto vedou, em seu art. 4º, a inserção de disposições nos instrumentos contratuais que autorizassem: a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra (inciso II); a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante (inciso IV). Expondo o legislador, nessa mesma linha, o seguinte raciocínio:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as 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.

Vale salientar que lista trazida pelo § 1º do artigo expresso trata-se de rol exemplificativo de serviços considerados materiais, acessórios, instrumentais ou complementares dos órgãos ou entidades do Poder Público Federal, de modo que, quanto a estes, a execução indireta além de possível é desejável.

3 O ESTADO COMO TOMADOR DE SERVIÇOS

Como exposto no capítulo anterior, a terceirização de serviços pela Administração abrange as atividades-meio dos entes públicos, sendo inadmissível quando destinar-se ao exercício de atribuições próprias de servidores de cargo efetivo do respectivo ente contratante, ou caso trate do exercício de funções exclusivas do poder da prática de atos administrativos bem como do exercício de polícia administrativa.

Faz-se necessário para maior entendimento uma abordagem acerca do serviço público e, assim, balizar a possibilidade do instituto em estudo de ser utilizado na prestação desses serviços.

3.1 O SERVIÇO PÚBLICO E AS VISÕES DOUTRINÁRIAS DE TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

A conceituação a respeito de serviço público foi iniciada na França, sendo utilizada para abranger integralmente todas as atividades desenvolvidas pelo Estado.

É de suma importância a exposição de Mello (2010, p.671):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público---portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais----, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Fica evidente na conceituação acima apresentada que o Serviço Público é caracterizado por elementos essenciais, devido a forma de prestação de serviços de utilidade geral para o aprazimento da coletividade, devendo ser sempre regulado pelo Estado ou por quem o represente.

No Brasil, refere-se a tudo aquilo que o Estado faz ou as atividades administrativas desempenhadas por ele. Abrange desde as obras públicas, bem como as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, e, até mesmo, a exploração estatal de atividade econômica regida pelo Direito Privado, ou seja, todas

as incumbências a cargo da Administração Pública. É nesse mesmo sentido que ensina Medauar (2008, p.313):

Serviço Público, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se a atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à via coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio (por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público.

Assim, é uma atividade voltada para o modo de atuação da autoridade pública, devendo ter sempre o seu desempenho regulado, controlado e assegurado pelo dirigente estatal por ser “indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, que é de tal natureza que não pode ser assegurada completamente senão mediante a intervenção da força governante” (AGUILLAR, 1999, p.119). Ficando evidente também no exposto uma distinção clara em relação as concessões e permissões - formas de descentralização de serviços por cooperação – e a execução através da contratação de terceiros.

Para mais entendimento, serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Poder Público, para que diretamente, ou por meio de seus delegados, sejam satisfeitas necessidades de interesse público, sob regime jurídico total ou parcialmente público (PIETRO, 2003, p.99), satisfazendo a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta.

Faz-se necessário destacar os modos de gestão ou administração do serviço público, que abrange questões de direção, funcionamento e organização dos mesmos, distinguindo-se em funções estratégicas, operacionais e materiais.

A gestão estratégica cabe a pessoa pública titular do serviço, responsável pelos objetivos escolhidos, não podendo ter suas atividades delegadas nem mesmo pela concessão de serviço público. Assim, nas palavras de Ramos (2001, p.119), a gestão estratégica engloba a competência para “criar e suprimir o serviço público; para escolher seu gestor operacional; para fixar os princípios de organização e de funcionamento expressos no caderno de encargos imposto ao gestor; para controlar a observância desses princípios e sancionar as violações operadas”.

O modo de funcionamento e as tarefas correntes de regulação, nas quais asseguram a resolução dos conflitos, as faltas e as urgências, e de otimização,

envolvendo operações pelo melhor custo e adaptações previstas no quadro jurídico existente refere-se a gestão operacional do serviço público, que tem competência para regular os laços com os usuários, regulamentar os laços com os agentes do serviço público, dirigir os trabalhos de instalação dos serviços.

Já a gestão material trata do efetivo desempenho e da execução material das operações de prestação de serviço. Caracteriza-se pela realização de atividades que não constituem um serviço público integralmente, devido serem apenas tarefas anexas a esse serviço, onde a pessoa executante não está em situação de produzir atos jurídicos para as necessidades do serviço público. Vale ressaltar, não existe vínculo contratual entre o prestador de serviço (mero executante) e o público usuário.

É evidente, devido as conseqüências dos processos de desestatização, o crescimento de prestações de serviços públicos repassadas para a iniciativa privada, por meio de formas descentralizadas de serviços como a concessão e permissão, já mencionadas neste capítulo, onde o art. 175, da CF/88, dispõe que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Da mesma maneira, é comum a dinamização da execução de tarefas pela Administração Pública através da contratação de serviços terceirizados.

Quanto à esse assunto, Pietro (2005, p.239) entende que:

A concessão tem por objeto um serviço público; não uma determinada atividade ligada ao serviço público, mas todo o complexo de atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público, envolvendo a gestão e a execução material. (...) A Administração transfere o serviço em seu todo, estabelecendo as condições em que quer que ele seja desempenhado; a concessionária é que vai ter a alternativa de terceirizar ou não determinadas atividades materiais ligadas ao objeto da concessão. A locação de serviços tem por objeto determinada atividade que não é atribuída ao Estado como serviço público e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar da atividade-fim, que é o serviço público.

Dessa forma, no instituto da terceirização a Administração Pública desloca o exercício material de determinadas atividades, ao passo que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos também obtém a gestão operacional.

O Estado, baseando na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), busca parceria com o setor privado para a realização de suas atividades de apoio ou apenas meramente instrumentais, com o intuito de que

o ente público preocupe-se em melhor desempenhar suas competências institucionais.

A própria Lei nº 8.666/93 define “serviços” como a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração (art. 6º, II). Assim, o serviço objeto de terceirização é uma tarefa prestada pelo particular imediatamente à Administração para satisfação dos interesses desta em apoio ao exercício de suas atribuições. Apenas de forma mediata o serviço é prestado à comunidade, através do ente público contratante, beneficiário direto da prestação (AMORIM, 2009, p.97).

Cabe destacar, em relação à terceirização no serviço público ou na exploração da atividade econômica, o Decreto-Lei nº 200/1967 como forma de permitir contratação de empresas, por parte da administração direta e indireta, para a realização de tarefas complementares, estimulando à descentralização da atividade pública e a execução indireta das obras e serviços. É o que diz o art. 10, parágrafo 7º, da norma mencionada:

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.

Fica evidente na exposição do artigo acima que para efetuar a contratação de empresa prestadora de serviços, esta deverá ser suficientemente desenvolvida, com capacidade de desempenhar os encargos, inclusive se responsabilizar pelas obrigações de ordem trabalhista.

Complementando o artigo exposto regulamenta a Lei 5.645/70, em seu art. 3º, que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º do Dec. 200/67”.

Já o Decreto 2.271/97, no qual regulamenta a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabelece em seu art. 1º que os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações podem ser executados indiretamente.

A execução dos mencionados serviços deve ser realizada através da terceirização, respeitando as normas legais relativas aos direitos dos trabalhadores, sendo vedada a lesão a tais direitos.

Gabriela Neves Delgado (2003, p.429-430) ensina que:

A terceirização de serviços é a relação trilateral que possibilita à empresa tomadora de serviços (empresa cliente) descentralizar e intermediar suas atividades acessórias (atividades-meio), para terceirizantes (empresa fornecedora), pela utilização de mão-de-obra terceirizada (empregado terceirizado), o que, do ponto de vista administrativo, é tido como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas.

Cabe a Administração Pública agir da mesma forma como exigido de empresas da iniciativa privada, buscando, através da terceirização, desempenhar suas funções com maestria, na busca da efetividade dos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, como o da eficiência e o da economicidade, pois tem como objetivo a redução da “máquina”, com a concentração na atividade-fim.

A jurisprudência trabalhista desde a década de 1970 questiona-se acerca do tema da terceirização, em que as lacunas das regras legais em torno de fenômeno sócio-jurídico tão relevante deram ensejo à prática de intensa atividade interpretativa, em busca de incorporar a inovação sócio-trabalhista ao cenário normativo existente no Brasil.

O Tribunal Superior do Trabalho, nos anos de 1980, através da Súmula 256, limitou fortemente hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta, na qual informava que: “Salvo os casos previstos nas Leis ns. 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 de serviços”.

A Súmula 256, TST, passa a ideia de terceirização como processo de exceção na ordem jurídica de contratação de trabalho, orientando como regra geral de contratação o padrão empregatício constante da CLT. Assim, caso considerada ilícita a terceirização realizada, determinava-se o estabelecimento, para todos as finalidades, do vínculo empregatício clássico com o efetivo tomador de serviços.

Todas as circunstâncias mencionadas encaminharam, anos depois, a revisão da mencionada súmula, editando-se, em fins de 1993, a Súmula 331, TST, na qual será estudada com mais precisão no capítulo seguinte.

Pode-se adiantar que a Súmula 331, TST, acarretou a significativa distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços, marcando um dos critérios de aferição (ou não) da terceirização perpetrada, esclarecendo o fundamental contraponto terceirização lícita versus terceirização ilícita.

3.1.1 Terceirização Lícita e Ilícita

A ordem justrabalhista distingue entre terceirização lícita e ilícita. Mas esclareça-se: à medida que o padrão genérico de contratação de força de trabalho, no país, mantém-se dentro da fórmula empregatícia clássica, conclui-se que as hipóteses de terceirização lícita são excetivas (GODINHO, 2015, p.487).

As situações-tipo que caracterizam a terceirização lícita constituem quatro grupos delimitados juridicamente, assentadas pelo texto da Súmula 331, TST, expostas adiante.

Em primeiro lugar podem ser citadas as situações empresariais que autorizem a contratação de trabalho temporário, quando tratar-se de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa, além de outros requisitos especificados expressamente na Lei 6.019/74.

Em segundo lugar, regidas pela Lei 7.102/83, atividades de vigilância. Alargando a Súmula 256, TST, percebe-se que, nos dias de hoje, qualquer segmento do mercado de trabalho que contratem os serviços mencionados mediante empresas especializadas, obedecendo as normas da legislação específica e submetendo a regras próprias, poderão valer-se do instrumento jurídico da terceirização.

As atividades de conservação e limpeza caracterizam o terceiro grupo expresso na Súmula 331, TST, sendo um dos primeiros a justificar práticas terceirizantes no mercado de trabalho privado no Brasil.

O quarto grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita aborda os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, que se

caracterizam por não se ajustarem ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviço, ou seja, as atividades-fim.

Fica evidente, com as segmentações da Súmula 331, TST, que a terceirização pode ser considerada de caráter transitório, como no caso de trabalho temporário, e permanente, ao abranger as relações de serviços de vigilância, limpeza e conservação, bem como dos especializados às atividades-meio do tomador.

Atividades-meio são aquelas meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento. Nas palavras de Delgado (2015, p.489) são conceituadas como:

(...) aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços (...)

Assim, considerada a autorização na qual a ordem jurídica confere a terceirização, as atividades-meio devem ser consideradas, restritivamente, conceituadas como acessórias, circunstanciais ou periféricas à dinâmica, às finalidades e à estrutura da entidade tomadora de serviço.

Tratando-se da ausência de pessoalidade, a Súmula 331, TST, é prudente ao esclarecer que o arquétipo terceirizante não pode ser utilizado de modo fraudulento, declarando que se manterá lícita a terceirização perpetrada nas três últimas situações expressas nas alíneas acima, desde que não exista a pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços.

Isso significa, na verdade, que a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados (DELGADO, 2015, p.490).

A CF/88, no art.7º, XXXII, estabelece, taxativamente, a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Trata-se da caracterização do princípio de isonomia, com extensão às parcelas remuneratórias percebidas pelos trabalhadores terceirizados que deverão ser equivalentes as deduzidas pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora.

Esse preceito de isonomia ou comunicação remuneratória passou a ser interpretado pela jurisprudência na devida extensão, de modo a mitigar o caráter antissocial da fórmula terceirizante. Assim, todas as parcelas de caráter salarial cabíveis aos empregados originários da entidade tomadora (13º salário, jornada, adicional noturno, vantagens salariais normativas, etc.) foram estendidas aos trabalhadores terceirizados, segundo o padrão jurídico estabelecido na Lei nº 6.019/74 (DELGADO, 2015, p. 492).

A partir da análise das situações-tipo de terceirização lícita abordadas no capítulo em estudo, torna mais simples e objetivo o entendimento da terceirização ilícita, como sendo aquela atividade considerada irregular devido às formas de contratação não se adequarem aos limites impostos definidos na jurisprudência, através da Súmula 331, TST.

Segundo entendimento doutrinário, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, caput, e 3º, caput, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida.

Cabe, assim, destacar que havendo a presença dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, citados no parágrafo anterior, caracterizando a pessoalidade e subordinação direta, na relação entre a empresa interposta e o prestador de serviços, caracterizará uma hipótese de terceirização ilícita, bem como, se o trabalhador estiver executando uma tarefa relativa a alguma atividade-fim da empresa tomadora de serviços.

Recentemente, em entrevista ao programa Da Hora, da TV União, um dos aprovados do concurso do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará se fez presente para debater sobre os problemas causados pela terceirização irregular de atividades-fim do tribunal, onde pessoas são contratadas, precariamente, ocupando lugares e desempenhando tarefas de servidores efetivos, acarretando a morosidade processual e descontentamento para o cidadão cearense.

O fato denunciado considera a terceirização como 'porta aberta para a corrupção', desrespeitando os princípios da probidade administrativa e da moralidade pelo fato da facilidade que o instituto proporciona nos superfaturamentos das licitações, nos apadrinhamentos gerados, a ausência de imparcialidade, dentre outras irregularidades.

O sindicato de servidores da Justiça Estadual interpôs um pedido de providência junto ao CNJ, que foi acatado, decisão favorável no dia 01.03.2016, e determinou que o TJCE, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, elaborasse relatório de todos os servidores terceirizados que realizam atividade-fim no tribunal e, que no prazo de 90 (noventa) dias começasse a substituir os terceirizados por servidores efetivos, aprovados em concurso público.

3.2 LIMITES NA TERCEIRIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante do crescimento incontrolado do uso das práticas do instituto da terceirização no serviço público é de suma importância a identificação dos limites traçados pelo ordenamento jurídico para além do quais se configura a terceirização ilícita.

3.2.1 Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

A supremacia do interesse público implica a sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade, de tal forma que os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. Por sua vez, a indisponibilidade do interesse público indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência pelo agente público quanto ao cumprimento do interesse público, vale dizer, o agente é um servo do interesse público (JUSTEN FILHO, 2005, p. 35).

Observa-se que o interesse público deve estar sempre ligado aos interesses da coletividade, com o atendimento do bem-comum, em que a Administração Pública ao efetuar contratações com prestadoras de serviços verifica a conformidade de tal interesse que justifique a terceirização de atividades.

Assim, o Estado deverá perquirir se a terceirização irá permitir: a) que os entes e órgãos da administração pública possam concentrar-se (DL nº 200/67, art. 10, § 2º) nas atividades nodais 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).

O Estado como tomador de serviços só deverá valer-se do fenômeno da terceirização se for viável o cumprimento dos objetivos legais, próprios do interesse público, conjugando os anseios do povo brasileiro, de modo que a crescente presença de empresas terceirizantes não constitua fator de predomínio do capital privado sobre os interesses social. Enfatizando os riscos da terceirização, Amorim (2009, p.76) relata:

Por meio da terceirização, o capital se organiza estrategicamente em todos os vieses da máquina estatal na defesa dos interesses de mercado, em privilégio de camadas empresariais muito restritas da sociedade, acentuando o ambiente propício à promiscuidade entre o público e o privado, e aprofundando o caráter patrimonialista das relações entre os governos e as elites econômicas. O corporativismo das elites burocráticas, de servidores público privilegiados, firmemente combatido pela Reforma do Aparelho de Estado, acaba substituído pelo corporativismo das empresas empreiteiras, prestadoras de serviços, não menos agressivo na colonização privada do espaço estatal.

Dessa maneira, o objetivo primordial está condicionado a realização de finalidades de interesse público, sujeitando-se a contratação e inserção de particulares no interior da Administração ao atendimento, também por parte dos entes privados, do bem-comum.

3.2.2 Princípio da Legalidade

Expresso no art. 37, *caput*, da CF/88, deve obediência toda a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, só podendo fazer aquilo que a lei permite.

A terceirização no serviço público somente é admitida de acordo com os moldes legais, sendo, nas palavras de Amorim (2009, p.93-94), vislumbrada 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. A contratação se manifestará por meio de um

contrato de Direito Administrativo, ato este com conteúdo fortemente vinculado à lei e à Constituição, a serviço das finalidades estatais – daí o seu fundamento estatutário e institucional, como produto do Direito que lhe concebe e antecede.

3.2.3 Atividades passíveis de terceirização

Conforme já mencionado, as atividades passíveis de terceirização estão explícitas no art. 6º, da Lei 8.666/93, que declara tratar de “toda atividade destinada a obter determinada utilidade para a Administração”, como o exercício das atividades de “demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos-profissionais”.

A norma define os serviços como um resultado a ser obtido por meio da atividade contratada, confirmando a evidência de que as atividades passíveis de terceirização são aquelas meramente instrumentais e não burocráticas. O Decreto nº 2.271/97 ratificou este entendimento:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

A legislação federal admite apenas à atividade-meio como forma de terceirização dos serviços públicos administrativos.

3.2.4 Os princípios constitucionais da impessoalidade e da imoralidade e o concurso público

O inciso II, do art. 37, da Constituição Federal de 1988 traz expressamente o requisito de aprovação em concurso público como condição para a investidura em cargos ou empregos públicos, em obediência aos princípios da impessoalidade e da moralidade. A impessoalidade abrange a total ausência de subjetividade do administrador público ao desempenhar suas tarefas, na qual veda a busca de

interesses pessoais, para si ou para terceiros no exercício de suas competências. Já o princípio da moralidade buscar adequar as condutas do agente público aos “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (Lei nº 8.112, art. 2º, parágrafo único, IV).

Assim, explica Alexandrino e Paulo (2010, p.195-196):

O princípio da moralidade torna jurídica a exigência de uma atuação ética dos agentes da Administração Pública. A denominada moral administrativa difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio. (...) A doutrina enfatiza que a moralidade administrativa independe da concepção subjetiva (pessoal) de conduta moral, ética, que o agente público tenha; importa, sim, a noção objetiva, embora indeterminada, passível de ser extraída do conjunto de normas concernentes à conduta de agentes públicos, existentes no ordenamento jurídico.

Os doutrinadores repassam a lição de que o princípio da moralidade será transgredido a partir do momento em que uma norma de cunho moral social for violada, que traga como consequência um menosprezo ao bem juridicamente valorado.

Ora, ao celebrar contratos com mero intuito de conseguir mão de obra, em flagrante violação à regra constitucional que determina a realização de concursos públicos, a Administração viola, simultaneamente, os princípios da impessoalidade e da moralidade. A fraude inviabiliza o livre acesso democrático aos quadros da Administração Pública pelos indivíduos que preenchem os requisitos necessários à sua ocupação, favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento (LUDWIG, 2007, p.22).

Os princípios constitucionais em análise devem ser respeitados mesmo em caso de realização de procedimento licitatório para a contratação de empresa terceirizada. Pois, mesmo o certame sendo regido pelos princípios da escolha da proposta mais vantajosa para a administração e da publicidade, uma vez eleito o vencedor do processo licitatório, o administrador poderá ao seu livre arbítrio, com o intuito de proporcionar uma relação harmoniosa para a execução contratual, contratar pela empresa terceirizada pessoas por ele indicadas.

Ademais, a exigência de concurso público tem a finalidade de evitar que o político, valendo-se de sua qualidade de administrador, cause danos ao interesse público, com as constantes trocas de servidores a cada gestão. Na mesma linha, a intermediação traz consigo um interesse eleitoral, tendo em vista que o político

passa a ter famílias inteiras a depender dos contratos firmados com as empresas terceirizadas; assim, há uma garantia de inúmeros votos pelo medo de perda do posto de trabalho em caso de o candidato da oposição sair vencedor (MAIOR, 2005, p.104-105).

Outra forma de limite na terceirização na Administração Pública abrange o limite de gastos com o pessoal, no qual o art. 169, da CF/88, estabelece que o administrador não poderá exceder os limites de gastos relativos as despesas com recursos humanos que estejam fixados em lei complementar, com o objetivo de impedir que gestores público fazendo uso da má-fé utilizassem-se de ilusórias terceirizações para burlar as restrições legais.

O Estado tornou-se um efetivo usuário dos serviços terceirizados, contratando inúmeros trabalhadores, por meio de empresas, que por muitas vezes não cumprem com a totalidade de suas obrigações. A ausência de cumprimento, a ponto de causar prejuízos a classe, resulta em responsabilidades por parte do administrador.

4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Neste capítulo será feita uma análise comparativa, a respeito do fenômeno da terceirização, entre a Lei 8.666/1993 e a Súmula 331, do TST. De logo, cabe fazer respaldo a respeito da incumbência originada de contratos laborativos pactuados pela Administração Pública e a entidade terceirizante/ empregado terceirizado.

4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE OS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Com a finalidade de atender às reivindicações geradas pela relação de emprego e pela organização econômica atual surge o Direito do Trabalho, como bem questionado em capítulos anteriores, de modo que “é resultado da pressão de fatos sociais que, apreciados segundo os valores, resultam em normas jurídicas (...). Seu desenvolvimento sempre se ordenou sobre uma relação entre particulares” (NASCIMENTO, 1999, p.5)

Ao lançar os olhos sobre os princípios de interpretação constitucional deve-se dar prioridade aos critérios que proporcionem a integração política e social e o reforço da unidade política, sendo indispensável a valorização da dignidade da pessoa humana, na qual Sarlet (2007, p.62) entende ser:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A Constituição garante a todos, de uma maneira geral, uma sociedade que valoriza proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Conforme acima citado, a terceirização veio possibilitar tanto à iniciativa privada como à própria administração pública a otimização dos fins a que se destinam. Por meio da terceirização transfere-se a terceiros um direito e uma obrigação que, originariamente, seriam exercitáveis numa relação jurídica bilateral por meio de um contrato-originário, mas que, valendo-se desse fenômeno da

subcontratação, passam tais direitos e obrigações a gravitar no âmbito do contrato-derivado.

Dessa forma, a terceirização provoca o surgimento de uma relação jurídica trilateral, pois apesar de o contrato laborativo firmado dar-se com uma empresa interveniente, os trabalhadores desta empresa prestarão sua força laborativa diretamente ao tomador dos serviços, denotando, no âmbito da administração pública, verdadeira desconcentração produtiva.

Ocorre que, devido à falta de legislação clara e específica acerca do tema, gerou-se uma dicotomia na qual se defrontam posições baseadas tanto em disposições normativas como em entendimentos sumulados pelo TST.

4.1.1 Argumentos desfavoráveis à responsabilização da administração pública frente aos encargos trabalhistas no âmbito dos contratos de terceirização

De um lado estão aqueles que defendem a não responsabilização do Estado no que tange aos débitos trabalhistas decorrentes do inadimplemento da empresa contratada, haja vista a completa inexistência de vínculo empregatício entre o ente público tomador dos serviços e os trabalhadores da firma terceirizada.

A obrigação do Estado, em caso de inadimplemento da contratada, enquanto tomador de serviços terceirizados, é um potencial de impulsionamento ao risco aos cofres públicos gerado pela terceirização, duplamente onerados em caso de desobediência do contrato. Esse quesito deve, em consequência, ser ponderada pelo Poder Público quando da decisão de terceirizar.

Outrossim, somando-se ao entendimento contrário à responsabilização estatal, há os que se prendem à leitura literal do art. 71, da Lei nº 8.666/93:

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

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

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) (grifamos)

Essa disposição normativa, sob o pálio da estrita legalidade, referendaria que não pode a administração pública sofrer as sanções dos maus administradores das empresas privadas no que tange aos débitos oriundos dos encargos trabalhistas a serem suportados pela empresa fornecedora de mão de obra. Reconhecer essa tutela estatal seria sobrepujar o interesse individual em detrimento do interesse público, que, nesses casos, não pode ser lesado frente aos interesses individuais dos particulares.

Há que se considerar também, segundo os defensores da não responsabilização do Estado, o escalonamento do sistema de normas jurídicas em que está inserida essa questão. Esse sistema é escalonado segundo critérios hierárquicos, cujas normas superiores devem servir de fundamento para as normas inferiores que devem ser fruto de entendimento consonante com as superiores a fim de que não percam seu pressuposto de validade.

Conforme Kelsen (2006, p.247), na sua obra teoria pura do direito, observamos:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Silva (2006, p.45) segue na mesma esteira:

A Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela o reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às normas jurídicas. Outrossim, se a própria CF (art. 37, II e § 2º) determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, sob pena de nulidade do ato e punição da autoridade responsável, não pode o Poder Judiciário substituir a vontade do legislador e criar nova forma de investidura, o que ocorreria se fosse admitida a responsabilidade subsidiária por parte da entidade pública contratante.

Dessa forma, as regras trabalhistas devem ser interpretadas segundo a Constituição, não podendo, por óbvio, contrariá-la no sentido de que a Carta Magna

impôs como requisito para investidura em cargos públicos a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, devendo ser nulo o ato de admissão para que aqueles que não preencham esse requisito.

Delgado (2012, p.456) assim se pronuncia acerca da supremacia da Carta Constitucional sobre o ordenamento ordinário:

O primeiro passo para interpretar-se a ordem constitucional e justabalhista é não se negar validade e eficácia à Constituição – como se o Direito do Trabalho fosse um super direito, imune a qualquer influência ou comando retificador de sua rota, mesmo quando oriundo do documento político e jurídico maior de uma nação.

Dessa forma, se a Constituição Federal, que é a estrutura normativa que irradia todo o norte do sistema jurisdicional, ordena que seja feito concurso público, o concurso não poderá ser subvertido.

4.1.2 Argumentos favoráveis à responsabilização da administração pública frente aos encargos trabalhistas no âmbito dos contratos de terceirização

Do outro lado situam-se aqueles que entendem que não pode a administração quedar-se silente ante os prejuízos sofridos pelos trabalhadores que despenderam sua força laborativa, o que acarretaria, por conseguinte, verdadeiro enriquecimento ilícito por parte do estado. Também se valem de interpretação analógica do art. 455, da CLT, que preleciona, em entendimento majoritário, a responsabilidade solidária do empreiteiro no caso de inadimplemento dos encargos trabalhistas pelo subempreiteiro.

Conforme ementa proferida pelo TRT 18 – RO:

CONTRATO DE EMPREITADA E SUBEMPREITADA. APLICAÇÃO ART. 455 DA CLT. EFEITOS. A transferência de parte dos serviços ligados à área de construção civil, em hipótese típica de subempreitada, acarreta, para o empreiteiro principal, responsabilidade solidária pelos créditos reconhecidos aos empregados da empresa contratada, conforme artigo 455 da CLT, não se aplicando, ao caso, as orientações constantes da Súmula 331 do TST. Recurso da 2ª reclamada a que se nega provimento. (ROS - 0001479-18.2014.5.18.0129, Relatora Juíza Marilda Jungmann Gonçalves Daher, 2ª Turma, DEJT:31/08/2015) (TRT18, ROPS - 0011425-95.2016.5.18.0241, Rel. PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO, 2ª TURMA, 09/09/2016)

A CLT, inicialmente, não previa em seu arcabouço esse cenário delineado pela terceirização, no qual um empregado é contratado por uma empresa, mas presta sua força laborativa em outro grupo econômico alheio àquele por que fora originalmente contratado. Dessa forma, a recepção daquilo a que se propõe o fenômeno da terceirização de mão de obra deve ser interpretado tendo por base um panorama socioeconômico mais amplo, ou seja, em conjunto com o sistema econômico, social e político do Estado.

Conforme afirma Grau (2011, p.19), “produto cultural, o direito é, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal”. Dessarte, a terceirização deve ser também pautada num contexto social de preservação das garantias do obreiro frente às constantes tentativas de flexibilização das relações trabalhistas.

Nos contratos de terceirização, mesmo não sendo razoável impor ao Estado a figura de “segurador geral da sociedade”, deve a figura estatal fiscalizar os danos gerados aos trabalhadores pelas empresas contratadas, ou seja, o fato de se imputar ao Estado danos decorrentes de inadimplementos trabalhistas sofridos pelos empregados terceirizados é decorrência direta não de uma ação positiva estatal que acarrete descumprimento de encargos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, a discussão jurídica acerca dessa questão deve ser tratada ante a omissão do Estado na verificação da (in)existência de nexos de causalidade existente entre a omissão do agente público na fiscalização do contrato e o dano suportado pelos trabalhadores então desassistidos.

Conforme aduz Nery, em publicação de artigo do TRT 15º Região:

Se a administração Pública Direta e/ou Indireta elege empresa idônea para prestar serviços de natureza pública, e se, em decorrência da conduta culposa mencionada, tal empresa inadimpler com suas obrigações trabalhistas, causando prejuízos a terceiros, quais sejam, os empregados, tem-se a culpa da administração e sua responsabilidade é subsidiária perante os empregados da prestadora dos serviços por força do mandamento constitucional.

O estágio atual de evolução da teoria da responsabilidade extracontratual de Estado não permite que este se exima do seu dever de reparar o dano lesivo a terceiro e que seja imputável em virtude de comportamento seu, seja este unilateral, lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, material ou jurídico (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.323).

Em relação a teoria da responsabilidade do Estado , esta iniciou-se a prescindir a verificação da culpa, acarretando, progressivamente, aspectos de Direito Público (Teoria da Culpa Administrativa), na qual admitia a sua presunção, com a inversão do ônus probatório. “Num passo seguinte, buscou-se a responsabilização do Estado por atividades lícitas que desenvolvesse (de acordo com a Teoria do Risco Administrativo), pretendendo-se que chegasse aos rigores da Teoria do Risco Integral. No momento, a responsabilidade civil do Estado avança para consolidar-se através da Teoria do Risco Social (Responsabilidade sem Risco)” (BAHIA, 1997, p.23)

Nessa linha lógica de raciocínio, a Constituição Federal de 1988 consolidou a responsabilidade objetiva do Estado ao expressar 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” (art. 37, § 6º).

A responsabilidade do Estado, amparada no princípio da igualdade de encargos de todos os cidadãos, na terceirização dos serviços, cria uma situação jurídica no qual assume o risco de honrar o pagamento das verbas ensejadas pelas prestações laborais.

Além da responsabilidade objetiva do Estado, é evidente a responsabilidade calcada na culpa (subjativa), em que “a empresa tomadora há que selecionar, criteriosamente, aquela que irá prestar os chamados serviços secundários. Um conhecimento da estrutura da prestadora, de seu porte e de sua fidedignidade são indispensáveis, pena de responder pela incorreta e descuidada eleição” (FURTADO, 1993, p.1321).

Aduz, fielmente, Hinz (2005, p.140-141):

(...) Não se trata apenas de pesquisar perante as juntas comerciais os dados relativos à fornecedora, ou mesmo os serviços de proteção ao crédito ou banco de dados dos tribunais trabalhistas sobre o número de demandas em que aquela figura como ré, mas, também, de considerações de ordem matemático-financeira, quer dizer, analisar se os preços cobrados pela empresa fornecedora de serviços são suficientes para o pagamento dos salários dos trabalhadores que serão postos a seu serviço, acrescido dos encargos sociais e lucro dessa. Dito de outra forma, pode o tomador apurar, face aos salários médios praticados no mercado aos trabalhadores que exercem os serviços disponibilizados pela empresa fornecedora, se essa terá como arcar com os salários, encargos fiscais e previdenciários sobre os mesmos incidentes, os encargos tributários decorrentes do exercício da atividade da fornecedora, bem como sua eventual margem de lucro. Com essas considerações simples, de ordem mesmo matemática, saberá o

tomador se a empresa fornecedora de serviços terceirizados é cumpridora de suas obrigações frente aos seus empregados e ao Fisco, ou não.

Requisitos tais como a obrigação de a administração pública seguir à risca a escolha da empresa a ser contratada conforme os ditames da Lei de Licitações nº 8.666/93, exigindo uma série de requisitos indispensáveis à participação de empresas privadas no certame licitatório (qualificação jurídica, técnica, financeira, econômica, fiscal e até mesmo trabalhista), bem como o acompanhamento e fiscalização da execução do objeto pactuado entre o Estado e a pessoa jurídica contratada por meio da exigência mensal de certidões negativas de débitos (tributos federais, contribuições previdenciárias, depósitos para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e pagamento de verbas condenatórias em processos trabalhistas) são fatores que, se não verificados, não pode o trabalhador ficar sem o amparo estatal ante os inadimplementos perpetrados pelas empresas.

Outrossim, o TST também defende a responsabilidade subsidiária da Administração Pública:

Responsabilidade subsidiária. As empresas públicas e de sociedade de economia mista são responsáveis subsidiárias pelos débitos trabalhistas, quando não honrados por empresas contratadas, com base no Decreto-lei nº 200/67. Se a empresa contratada se torna insolvente, a contratante assume o ônus trabalhista (Súmula nº 331 do TST).

Mello (2002, p.115) também assim se posiciona sobre a responsabilidade subsidiária:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que não impunha obstar pelo evento lesivo. Deveras, caso o poder público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E sendo, não há conduta ilícita do Estado que não seja provenientes subjetiva, pois imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente modalidades de responsabilidade subjetiva.

Há ainda aqueles que sustentam a inconstitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8666/93, aduzindo a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros, porém tal inconstitucionalidade tenha sido afastada pela Ação Direta de Constitucionalidade - ADC 16. No caso, deveria o judiciário aferir, caso a caso, se a inadimplência foi originada da falha ou falta de fiscalização por parte do poder público.

Ainda, em seu próprio artigo 1º, a lei nº 8.666/93 em tela define o objeto a que se destina. Por sua vez, o art. 6º define esse objeto, não incluindo aí os contratos e serviços de locação de mão de obra. Outrossim, em seu art. 55, no âmbito das cláusulas obrigatórias a serem constadas no contrato administrativo, não visualiza-se aquelas atinentes às de natureza trabalhista. Logo, não se pode extrair da lei de licitações a inteira irresponsabilidade contratual do Estado em face dos débitos trabalhistas oriundos da inadimplência da empresa contratada, tomando por base o que aduz o supracitado art. 71, §1º, da Lei nº 8666/93.

Ademais, o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, como já exposto, colaciona que a pessoa jurídica de direito público responderá pelos danos causados a terceiros. Sendo assim, em interpretação sistemática do art. 71 da Lei de Licitações, não há falar em afronta aos preceitos constitucionais previstos nos artigos 1º, 6º, 7º, 37, §6º e 170, todos da CF/88, mas sim em convivência harmônica de modo a preservar tanto o interesse da administração, sob a égide do interesse público, não podendo agir simplesmente como um agente privado inescrupuloso, como os interesses dos trabalhadores. Corroborando o entendimento esposado, assim preleciona Oliveira:

Na nossa forma de compreensão, o §1º, do artigo 71 da Lei de Licitações deixa claro que a administração Pública buscará o ressarcimento pelo prejuízo causado com o inadimplemento, pelo vencedor do certame para aquisição de obras e de serviços, das obrigações trabalhistas e fiscais não honradas e satisfeitas pelo Estado. É a única interpretação possível diante de todos os dispositivos citados, da interpretação da Lei 8.66/93 com as disposições da CLT.

Quanto ao argumento de que reconhecer a responsabilidade da administração por tais encargos trabalhistas inadimplidos violaria o art. 37, II, da CF/88, que trata acerca da obrigatoriedade de concurso para ingresso em cargo público, tal preceito não merece acolhida. Ao responsabilizar o ente público pelos encargos trabalhistas inadimplidos não se está reconhecendo vínculo com a

administração, já que esta se dá apenas, de forma *strictu sensu*, com a empresa contratada, já que o obreiro a ela se subordina juridicamente, mas reconhecendo uma responsabilidade subsidiária de natureza civil, e não trabalhista, o que denota a não violação ao mandamento constitucional atinente ao concurso público.

Ademais, nos molde de uma terceirização lícita, não se forma qualquer vínculo jurídico entre os empregados da empresa prestadora e o ente público, pois não há, e nem deve haver, qualquer subordinação entre os trabalhadores e o agente público, sob pena de nulidade e desfazimento do contrato de terceirização. Nas palavras de Sampaio (2012, p.277) observa tal entendimento:

Não se forma qualquer relação pautada nos vínculos de subordinação, desvio de função ou remuneração entre os trabalhadores da empresa contratada e a administração contratante. Pelo contrário, a seleção, o treinamento, o direcionamento, o controle e o pagamento dessa mão de obra, bem como a responsabilidade pelos resultados gerados em vista dos requisitos contratuais ficam a cargo exclusivamente da empresa contratada.

Ante o exposto, tendo por base a humanização das relações trabalhistas inseridas no contexto socioeconômico atual, não se pode limitar a discussão da responsabilidade da administração pública no campo exclusivo da legalidade formal positivada, faz-se necessário, sim, estender o debate levando-se em conta seus aspectos morais e humanos das relações de emprego. Deve-se analisar o tema em tela sob uma vertente que se aproxime do ideal de justiça das relações, primando por construir uma sociedade livre, justa e solidária, como insculpido no art. 3º, I, da CF/88.

4.2 A SÚMULA Nº 331 DO TST E A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

Em face do crescimento dessa modalidade de utilização de mão de obra, a administração pública se valeu, e ainda se vale, da força laborativa de empregados cujo vínculo empregatício se dá originariamente, e em regra, com as empresas contratadas. Com o crescimento da terceirização a justiça trabalhista também foi se deparando com questionamentos acerca da vinculação porventura existente entre a empresa tomadora e os empregados, especialmente naquilo que tange aos eventuais inadimplementos de obrigações trabalhistas perpetrados pela empresa prestadora do serviço ante seus empregados.

Nessa seara, o TST, tendo em vista a enxurrada de demandas que tinham como objeto da lide a discussão acerca dos responsáveis pelos pagamentos dos encargos trabalhistas inadimplidos, editou a Súmula nº 331. Esta traz a regra de que a terceirização no Brasil é ilegal, gerando vínculo diretamente com o tomador de serviços, tendo como primeira exceção, a execução de serviços temporários. Estabelece ainda que não é possível criar vínculo com a Administração Pública, visto que a Constituição Federal de 1988 no seu art. 37, II traz o requisito do concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

Em sua redação original, a Súmula nº 331, em seu inciso IV trazia que o tomador de serviço responderia, de forma subsidiária, pelos débitos oriundos do inadimplemento dos encargos trabalhistas originariamente a cargo da empresa contratada, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial, sem fazer qualquer alusão a comportamentos do tomador de serviços que ensejassem essas cobranças.

O referido inciso IV foi modificado posteriormente pela Resolução nº 96/2000, publicada no DJU de 18-9-2000 (p.290), para incluir explicitamente os entes da administração pública direta e indireta, haja vista as discussões travadas acerca do campo de abrangência da referida Súmula, se abarcavam os entes públicos em questão, tendo em vista ainda questionamentos de que a referida Súmula estava indo de encontro ao que já preceituava o artigo 71 da Lei nº8666/93. O inciso IV passou a ter a seguinte redação:

IV — O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial” (art. 71 da Lei n. 8.666/93).

Gerou-se toda uma controvérsia tanto no âmbito da jurisprudência como da doutrina. Afinal, estaria um dispositivo normativo infralegal (a referida Súmula) autorizada a dispor de forma contrária ao dispositivo de lei (artigo 71 da Lei de licitações)? Pode a administração pública ser compelida a arcar com custos transferidos por empresas que não arcam com os encargos trabalhistas de seus empregados, afrontando o princípio do concurso público?

Em 24 de janeiro de 2010, o STF, nos autos da ADC 16-9/DF, declarou a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos –, afastando, por conseguinte, a aplicação da Súmula 331, IV, do TST, que prevê a responsabilidade subsidiária dos entes públicos quando ocorre inadimplência, por parte das empresas prestadoras de serviços, no tocante aos créditos dos trabalhadores.

Optou a Suprema Corte, na supracitada ADC, por não transferir ao ente público o ônus decorrente desses inadimplementos trabalhistas causados por empresas contratadas de forma indiscriminada. Ocorre que tal entendimento não podia acobertar a completa irresponsabilidade da administração pública em face dos trabalhadores.

Como ente público sob jugo dos Princípios Constitucionais da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência (art. 37 da CF/88), a administração não pode lançar mão de um verdadeiro locupletamento, enriquecimento sem causa, beneficiando-se diretamente da força laboral dos empregados e, ao mesmo tempo, entregando-os à sua própria sorte, violando todos os institutos protetivos inerentes à CLT.

Dessa forma, a ADC em questão não poderia ser interpretada tendo por conclusão a completa ausência de responsabilidade do Estado ante essa problemática trabalhista. De acordo com Cunha (2011, p.135):

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.16 considerou no mérito que a 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.

Pamplona e Gagliano (2012, p.311) também tratando sobre o tema observa:

Do contrário, estaríamos diante da defesa da irresponsabilidade absoluta da parte tomadora, do que não poderão os entes públicos se socorrerem. A responsabilidade do tomador de serviços se encaixa no conceito de responsabilidade por ato de terceiro, que é regulada pelo Código Civil, fonte subsidiária do direito do trabalho, e pelo art. 8.º da CLT. A Administração Pública incorre na culpa in eligendo, quando escolhe mal a prestadora de serviços referida. Incorre também em culpa in vigilando, quando negligencia a fiscalização do cumprimento do contrato, especialmente no que diz respeito ao cumprimento das normas trabalhistas dos empregados que derramaram suor nas atividades para as quais foram contratados.

Tão imoral quanto tentar retirar os princípios protetivos ao trabalhador, ante extrair da referida ADC nº 16 a ausência de responsabilidade do ente público, seria entregar essa massa de trabalhadores que despendem sua força laboral à administração pública ao arbítrio de empresas privadas ávidas por lucros e pouco afeitas ao bem estar do trabalhador.

Deve-se lembrar de que a valorização do trabalho é fundamento da República Federativa do Brasil, por força do artigo 1º, inciso IV, da CF/88, que também visa assegurar uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, possibilitando a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, de acordo com o artigo 170 da Constituição Federal.

Dessa forma, após seis meses da ADC nº 16 do STF, que declarou constitucional o artigo nº 71 da Lei de Licitações, o pleno do TST reuniu-se, no dia 24 de maio de 2011 e definiu uma nova redação para a Súmula 331, modificando o inciso IV e acrescentando outros dois incisos, ficando da seguinte maneira:

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.

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 referentes ao período da prestação laboral. (grifamos)

Como bem observou Delgado (2009, p.433), seria absoluto privilégio antissocial se os benefícios da Administração fossem estendidos para a total irresponsabilidade, pois tal exceção não se encontra autorizada pela Constituição.

No mesmo sentido, Barros (2009, p.540) entende que “mais razão há de se exigir do Estado tal responsabilidade, uma vez que lhe compete realizar o bem-comum, o qual não pode ser alcançado mediante lesão ao direito dos trabalhadores”.

A referida reformulação veio corroborar entendimento de que a administração pública não pode ficar completamente alheia às responsabilidades advindas dos

contratos de terceirização dos quais faça parte. Ademais, não se pode aniquilar ou diminuir os dispositivos constitucionais de proteção do trabalho humano, bem como aqueles que emanam também da própria Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), tais como Princípio da proteção *in dubio pro operário*, Princípio da aplicação da fonte mais jurídica mais favorável, Princípio da manutenção da condição mais benéfica, Princípio da Vedação ao Retrocesso Social.

A administração pública deve ser responsabilizada ante a sua culpa *in elegendo*, que é fruto da má escolha da administração durante o processo de “filtragem” da empresa a ser contratada, perpassando até a culpa *in vigilando*, que decorre da falta de fiscalização na execução do contrato.

A perfeita gestão dos contratos administrativos de terceirização deve ser feita bem de perto pelos agentes públicos representantes do Estado tomador dos serviços, a fim de evitar a futura responsabilização da administração. Assim, se a administração pública dispõe de toda uma estrutura normativa para fiscalizar as empresas privadas, disposições normativas próprias da supremacia do interesse público sobre o privado, não pode esquivar-se ou fechar os olhos para os prejuízos a que podem estar submetidos os trabalhadores que se encontram como protagonistas muitas vezes desassistidos frente aos inadimplementos promovidos pelas empresas que os empregam diretamente para servirem de mão de obra terceirizada. Muito bem aduz Cunha (2011, p.137) acerca dessa fiscalização que deve ser promovida pelo Estado:

A gestão de contratos é um serviço geral de administração dos instrumentos contratuais, a fiscalização remete-se à atividade mais pontual e especializada, para cujo desempenho é indispensável que a Administração Pública designe formalmente um agente, com conhecimento técnico suficiente. Tal agente - fiscal, com o auxílio das normas pertinentes à contratação, deverá desempenhar minuciosa conferência qualitativa e quantitativa dos serviços contratos objeto do contrato, bem como fiscalizar o pagamento dos encargos trabalhistas e seus consectários, em relação aos funcionários da contratada, evitando futuras condenações da Administração pública com base na responsabilidade solidária/subsidiária.

Ante o exposto, caracterizada a culpa da Administração Pública, deve sim ser chamada à responsabilidade pelos encargos trabalhistas não adimplidos pela empresa que emprega diretamente os obreiros, devendo-se interpretar de forma harmônica e não excludente os preceitos existentes na Súmula nº 331, do TST, e no que emana do artigo nº 71, da Lei nº 8.666/93. Tal entendimento visa a evitar o

enriquecimento sem causa por parte do Estado e a diminuição do amparo ao trabalhador, sustentando-se a responsabilidade subsidiária no princípio da moralidade, no princípio da função social do contrato, no valor social do trabalho e no princípio da dignidade humana.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade da Administração Pública perante os encargos trabalhistas dos empregados terceirizados que lhe prestam serviços por meio de interposta empresa vem sendo debatida no âmbito judicial e na doutrina, ganhando terreno a tese de sua responsabilidade subsidiária ante o inadimplemento das empresas contratadas pelo poder público, nos exatos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, aplicável no âmbito do Direito do Trabalho por força do disposto no art. 8º da CLT.

O processo licitatório prévio à contratação não elide a responsabilidade do ente público perante os trabalhadores. O dispositivo legal existente no art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ADC 16, julgada pelo STF em 24.11.2010, mas, na ocasião, deixou-se evidenciado que tal entendimento não implicaria óbice ao exame da culpa na fiscalização do contrato terceirizado.

Não poderia ser diferente a conclusão a se extrair, pois compete ao tomador de serviços fiscalizar diligentemente não só o pagamento dos referidos encargos trabalhistas por parte da empresa terceirizada, procedendo, minuciosa e prudentemente, a checagem constante se essa empresa cumpre fielmente os dispositivos contratuais impostos pela administração pública, mas deve também o ente público, no decorrer do processo licitatório prévio, checar junto ao mercado se a empresa que virá a celebrar o contrato reveste-se de condições financeiras e de idoneidade, bem como se vem cumprindo os preceitos trabalhistas que devem sempre fazer parte dos propósitos de qualquer empresa.

Isso implica dizer que, ao contratar a prestação de serviços através de outras empresas, ainda que complementares, o ente público contratante não se exime do poder-dever de fiscalizá-los, exigindo-os em caráter permanente, regular e eficiente. Em assim sendo, quando o ente público não exerce este poder-dever ou quando constata alguma irregularidade e não toma as devidas providências, incorre, inevitavelmente, em culpa “in vigilando”. Não se pode olvidar que os comandos de fiscalização dos serviços prestados pelos empregados sejam da alçada exclusiva da prestadora de serviços, mas a fiscalização quanto a regular quitação dos créditos trabalhistas deve ser exercida pelo tomador dos serviços.

Ressaltamos que não se trata de exigir do tomador de serviços que se imiscua na atividade de fiscalizar horários de trabalho dos empregados, exigir obediência direta dos empregados da empresa interposta ou efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas a que fazem jus esses trabalhadores, pois essas atividades correspondem ao papel institucional das próprias empresas interpostas (empregador direto), sendo o ônus da administração pública apenas fiscalizar a regular quitação destes encargos. Quando contrata empresa prestadora de serviços sem idoneidade econômico-financeira e que não efetua o pagamento dos créditos de seus empregados, o ente público tomador do serviço age com culpa *in elegendo*, devendo responder subsidiariamente, nos termos do art. 927, do Código Civil Brasileiro.

O ente público, conforme dispositivo existente no inciso XXI e parágrafo 6º, artigo 37 da CF/88, tem o dever de verificar a satisfação das obrigações do trabalho assalariado pelas interpostas empresas, pois foi beneficiário direto dos serviços e auferiu vantagens com a força laborativa dos trabalhadores. Extrair da Lei de Licitações a sua completa irresponsabilidade perante esses contratos seria locupletar-se à custa do suor dos trabalhadores e um contrassenso perpetrado justamente por aquele que mais deve amparar a proteção aos princípios trabalhistas, o ente público.

A responsabilidade subsidiária, em se verificando a culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, decorre tanto do disposto na lei comum (culpa contratual), quanto da aplicação das regras contidas nos arts. 9º e 444 da legislação consolidada, valendo destacar que as regras do Direito do Trabalho, neste aspecto, constituem norma de ordem pública, por exemplo, o artigo 9º CLT, em pleno vigor, além de configurar regra especial, que prevalece sobre a geral, segundo os princípios de hermenêutica.

Dessa forma, a interpretação, conforme acima exposto, do que emana do artigo 71 da Lei de Licitações deve se dar de forma conjunta com os princípios protetivos que norteiam as relações trabalhistas. Ademais, a Lei no 8.666/93, em seu artigo 71, §1º, está dirigida aos contratados diretamente pela administração, ou seja, o âmbito de incidência dessa norma se dá com seus contratados, e não deve ser oponible ao trabalhador terceirizado.

Aduzir a completa irresponsabilidade da administração vai frontalmente de encontro a todo o arcabouço jurídico de proteção ao empregado, bem como é reduzir o campo de incidência do princípio constitucional da moralidade pública,

tornando-o menos eficaz frente aos princípios da legalidade e da impessoalidade em questão. A responsabilidade subsidiária também decorre da regra responsabilizatória incidente sobre qualquer pessoa física ou jurídica que, por ato ou omissão culposos, cause prejuízos a alguém, conforme consta no art. 186, CCB.

A administração pública, portanto, deve buscar o efetivo controle ante as empresas por ela contratadas, não se limitando a tentar se eximir sob o pálio de que o processo licitatório é suficiente para demonstrar objetivamente que houve a fiscalização anterior, e que isso já é suficiente para a incidência da ausência de responsabilidade a que tanto se apegava decorrente da Lei de Licitações. Deve ser mais que isso.

A eficiência dos atos fiscalizatórios administrativos devem acompanhar as empresas contratadas para além da celebração do contrato no que tange aos encargos trabalhistas. A fiel execução do objeto pactuado com todas as repercussões jurídico-trabalhistas acessórias, decorrentes do contrato, devem ser alvo de importância por parte do ente público.

Desta feita, a presente pesquisa atinge o seu objetivo geral, que é a análise do vínculo existente entre a Administração Pública e os responsáveis pela execução de serviços terceirizados. Atingindo, por conseguinte, os seus objetivos específicos que é incumbir o Poder Público de responder diretamente pelos direitos atingidos do trabalhador, principalmente, no que diz respeito aos Princípios Fundamentais, defendidos pela CF/88.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 18. Ed. São Paulo: Método, 2010.

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

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Tr, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Brasília: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 fev 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 22 jul 2016.

_____. Decreto-Lei 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 07 jul 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 22 jul 2016.

_____. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Publicada em: 01/05/1943. **Diário Oficial da União**. Brasília, 01 mai 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 de jul 2016.

_____. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 dez 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 20 ago 2016.

_____. Lei nº. 8.666, de 21 de julho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 jul 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 jul 2016.

_____. Lei 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 dez 1970. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11342161/artigo-3-da-lei-n-5645-de-10-de-dezembro-de-1970>. Acesso em 5 ago 2016.

_____. Lei 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 03 jan 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em: 20 jul 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 16**. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Relator: Ministro Cezar Peluso. Distrito Federal, 24 nov 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%29%2816%2ENUME%2E+OU+16%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 de jul 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 590459/99. Relator Ministro Gelson de Azevedo. **Diário de Justiça**. Brasília, 09 jun 2000.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331. **Diário de Justiça**. Brasília, 27 mai 2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em 15 de jul 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho . Súmula 256. **Diário de Justiça**. Brasília, 21 nov 2003. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,tst-sumula-256,3893.html>>. Acesso em: 10 de jul de 2016.

Comunidade na Rede Social Facebook - **Aprovados TJCE 2014**. Disponível em: <https://www.facebook.com/aprovadostjce2014/videos/792271750902966/?pnref=story.html>. Acesso em: 13 ago 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Bahia: Juspodivm, 2008.

CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, n. 1, jan/mar 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da Reconstrução. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3**: responsabilidade civil. 10. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. In: **Revista Jurídica**. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1981, v. 15, n. 13.

HINZ, Henrique Macedo. “A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar”. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 71, n. 2, mai/ago, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. Contratação irregular perante a Administração Pública. **Revista da Amatra – V**: Vistos etc./Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5^o Região, ano 6, v.1, abr, 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. 2005. "Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional". **Boletim Científico – Escola Superior do MPU**, ano 4, n. 17, out/dez, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. Ed. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Ref., ampl. E atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito do Trabalho: História e teoria geral do direito do trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY, Liliana Maria Del. **As disposições do artigo 71 da Lei 8666/93 e a responsabilidade subsidiária da administração pública**. Disponível em: http://www.trt15.gov.br/revista01/artigo_71.html. Acesso em 15 ago 2016.

OLIVEIRA, Eduardo Figueiredo. **Responsabilidade do Estado por Dívidas Trabalhistas Decorrentes dos Contratos de Terceirização**. Disponível em: HTTP://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=html. Acesso em: 30 jul 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Terceirização – Um retrato da aplicação deste instituto na Administração Pública. In: **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. N. 217. Curitiba: Zênite, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.