



Terceirização e Administração Pública

Fernanda Rita Klein Bernardon

**Porto Alegre
2015**

FERNANDA RITA KLEIN BERNARDON

TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS.

Orientador: Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2015

RESUMO

Terceirização, instituto que flexibiliza as relações de trabalho e incrementa o mercado com a transferência de parcela das atividades a terceiros, permitindo que o empresário concentre suas forças técnicas na sua atividade essencial, foi criada na 2ª Guerra pelos fabricantes de armamentos, quando vigia o Estado Social, sendo absorvida pelo setor público em razão da desestatização, na vigência do Estado Neoliberal. O Tribunal Superior do Trabalho, em decorrência da inexistência de lei regulamentando o instituto e considerando sua jurisprudência majoritária sobre o tema, publicou Súmulas, as quais não têm força vinculativa. Já no âmbito da Administração Pública, o instituto foi abarcado pela regulamentação das contratações administrativas, Lei de licitações, surgindo assim um conflito no julgamento de demandas trabalhistas que envolvem os sujeitos da Terceirização, quando o tomador de serviço for pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Pública. O Supremo Tribunal Federal, em tentativa de resolver o conflito, julgou a constitucionalidade de artigo da Lei de licitações, o que gerou reformulação na Súmula do TST; no entanto, ainda assim, mantém-se o conflito envolvendo o Direito do Trabalho e o Direito Administrativo.

Palavras-chave: Terceirização; Lei de Licitações; Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.

ABSTRACT

Outsourcing is the institute that eases labor relations and increases the market with the share of transfer of activities to third parties allowing the entrepreneur to concentrate its technical strengths in its core business. It was created in the 2nd World War, by the weapons manufacturers under the Welfare State, being absorbed by the public sector because of the privatization, while current the Neoliberal State. The Superior Labor Court, due to the absence of a law regulating the institute and considering its majority jurisprudence on the subject, published Precedents, which has no binding force. However in the public administration the institute was embraced by the regulation of administrative contracts, Law of Bids, thus resulting in a conflict in the trial of labor claims involving the subjects of outsourcing, when the service receiver is a legal entity of public law member of the public administration. The Supreme Court in an attempt to resolve the conflict judged the constitutionality of an article of the Law of Bids which resulted in the reformulation of the TST Precedent, however, still remains the conflict involving labor law and administrative law.

Key words: Outsourcing; Law of Bids; The Superior Labor Court; TST Precedent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 TERCEIRIZAÇÃO	07
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E ORIGEM DA TERCEIRIZAÇÃO.....	07
2.2 CONCEITO.....	10
2.2.1 Características	12
2.2.2 Sujeitos	14
3 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
3.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	19
3.1.1 Princípio da legalidade	20
3.1.2 Princípio da moralidade	21
3.1.3 Princípio da impessoalidade	21
3.1.4 Princípio da publicidade	22
3.1.5 Princípio da eficiência	23
3.2 REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO.....	24
3.2.1 Lei de Licitações	24
3.2.1.2 Lei nº 8.666/93-excludente de responsabilidade.....	26
3.2.2 Súmulas do TST	27
3.2.2.1 Súmula 331 do TST- responsabilidade objetiva.....	29
3.3 DA REFORMULAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST.....	30
4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	35
4.1 O DEVER DE FUNDAMENTAR.....	35
4.2 FUNDAMENTOS DA AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16.....	36

4.3 JUSTIÇA DO TRABALHO E JULGAMENTOS APÓS A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ARTIGO 71, DA LEI 8666/93.....	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca conceituar a Terceirização e indicar em que contexto histórico o referido instituto foi acolhido pela sociedade. Para tanto, será traçada uma linha de tempo citando os principais eventos que influenciaram as mudanças políticas, econômicas e sociais no mundo, destacando as formas de Estado vigentes em cada época, bem como apontando a evolução do Direito do Trabalho.

Em ato contínuo, se conceituará a Terceirização destacando suas características e sujeitos, para que assim possamos melhor compreendê-la, e diferenciá-la de outros institutos trabalhistas. Em seguimento, abordaremos a Administração Pública como tomadora de serviço terceirizado, elencando seus princípios e a regulamentação que permite ao instituto da Terceirização ser adotado por aquela. Para tanto, analisaremos a Lei de Licitações e Súmulas do Supremo Tribunal do Trabalho, enfatizando a responsabilidade do tomador em relação aos débitos trabalhistas dos trabalhadores.

Por fim, demonstraremos, enfatizando a importância da fundamentação das decisões, quais foram os fundamentos expostos na Ação de Declaração de Constitucionalidade nº16, ao julgar a constitucionalidade do §1º, do artigo 71 da Lei de licitações, o qual exclui a responsabilidade dos entes públicos pelo adimplemento dos trabalhadores terceirizados; verificaremos também as razões contidas em julgados da justiça do Trabalho ao aplicar o determinado na Súmula 331 do Superior Tribunal do Trabalho, a qual determina a condenação subsidiária dos entes públicos, com base na responsabilidade subjetiva, por falta de fiscalização, nos termos da Lei 8.666/93, julgados esses que se contrapõem e violam a ordem jurídica.

2 A TERCEIRIZAÇÃO

Este trabalho busca analisar a Terceirização utilizando a história como base, visto ser esta a matéria que possibilita o entendimento de todas as causas e dos fenômenos que ocorreram e ocorrem no mundo.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E ORIGEM DA TERCEIRIZAÇÃO

No final do século XVII, floresce o Estado Liberal,¹ tendo como doutrina que o poder Estatal seria o maior inimigo do indivíduo.² Nessa época, os trabalhadores buscavam, através da promessa de liberdade, fraternidade e solidariedade, ser donos do produto do seu trabalho, lutando pela liberdade contra o absolutismo. Nasceu, assim, a primeira noção de Estado de Direito,³ no qual os homens, na sua racionalidade, passaram a deter o poder de editar normas para reger as relações individuais, gerando um Estado abstencionista nas relações econômicas e sociais.

Na vigência do Estado Liberal, no século XIX, duas máximas foram traçadas: o liberalismo econômico e a individualidade jurídica. Iniciou-se então a primeira revolução industrial, durante a qual, com a ajuda da estrada de ferro, os indivíduos passaram a cortar territórios, fazendo da Inglaterra a grande captadora de matéria-prima e mão de obra dos países periféricos. Já na metade do século XIX, com a descoberta do aço e com a introdução do conhecimento científico, teve início a segunda revolução industrial e a produção em escala.

Assim nasce a figura do trabalho humano livre, prestado a outrem ou por conta alheia, não eventual, subordinado e remunerado, surgindo, também, o assalariamento: venda da força de trabalho, alienação da força

¹RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTR, 2001. p.21.

²BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 40.

³*Ibidem*, p. 41.

de trabalho. No entanto, estas figuras surgem desamparadas, pois não havia, na época, nenhum ramo do direito regendo as relações de trabalho, o que deu ensejo a grandes explorações. Em vista disso, buscando regulamentar o trabalho, foi promulgada, em 1914, a Constituição Mexicana, a qual estabeleceu normas relativas ao trabalho e à proteção social e gerou o constitucionalismo social.⁴ Nessa linha, em 1919, foi promulgada a Constituição da Alemanha, com estrutura dualista, estabelecendo, na primeira parte, a organização do Estado, e na segunda, a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando as liberdades individuais e os direitos de conteúdo social. Paulo Bonavides assim leciona sobre a ressonância do Estatuto de Weimar:

O projeto constitui numa Constituição de bases sociais, promulgada na antevéspera da grande convulsão ideológica que abalaria o século XX com o advento do bolchevismo, do fascismo e do nacional-socialismo.⁵

Pode-se, portanto, constatar que, naquele momento, o mundo caminhava em direção a um novo Estado, pois o Estado Liberal, por não ser estático, vinha evoluindo sem perder sua essência: a liberdade. E ampliou-se, introduzindo os direitos sociais nas Constituições e abrindo caminho ao Estado Social,⁶ o qual passou a criar leis que limitavam os preços além de restringir a liberdade contratual e o exercício de direito à propriedade.⁷ Em relação às mudanças de Estado Liberal para Estado Social, assim nos ensina Paulo Bonavides: “debaixo das pressões sociais e ideológicas do marxismo, o Estado Liberal não sucumbiu nem desapareceu, transformou-se. Deu lugar ao Estado Social.”⁸

Dos ensinamentos de Dora Maria de Oliveira Ramos temos que:

Gradativamente, o Estado passou a ser utilizado não só para corrigir as falhas de mercado, mas também como instrumento que viabilizasse a aplicação de políticas públicas, entendidas como “conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais)”

⁴BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 339.

⁵BONAVIDES, *loc.cit.*

⁶*Ibidem*, p.41.

⁷MONTEIRO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.411.

⁸BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996. p.37.

não apenas limitadas à política econômica, O Eixo das discussões deslocou-se da noção de liberdade para a de igualdade, a ser perseguida com a participação ativa do Estado: é o Poder Público limitando o poder econômico. A noção de solidariedade social ganha relevo sobre o egoísmo individualista liberal. Passa-se a cultuar o bem comum, o interesse público como fim a ser perseguido pelo Estado e que se sobrepõe aos interesses individuais.⁹

Nesse contexto, em que grande parte dos países buscava implantar as políticas do Estado Social e estabilizar suas economias internas, o mundo caminhou para a Segunda Guerra Mundial. Nesse período, em razão da instituição do Estado Social fortalecido pelas Constituições Sociais, já imperava, no ordenamento jurídico, o princípio da proteção, o qual fundamenta o direito do trabalho. No entanto, a existência do princípio do bem-estar social como a vigência do Estado Social não são instrumentos hábeis a vencer as necessidades do mercado, principalmente em tempos de guerra. Portanto, no início dos embates, diante da necessidade de aumento da produtividade na indústria bélica, com o objetivo de manter a oferta de armamento para os países em conflito, surgiu a Terceirização. Uma vez que as grandes fábricas não conseguiam suprir toda a demanda, a saída encontrada foi remodelar a forma de produção, transferindo atividades não essenciais a outras empresas.¹⁰ Dessa forma, a indústria percebeu que era necessário voltar seu foco para produção de material bélico, delegando suas atividades secundárias a terceiros.¹¹

Sergio Pinto Martins também nos ensina que foi durante a Segunda Guerra Mundial que a Terceirização foi gerada:

tem-se uma ideia de Terceirização no período da Segunda Guerra Mundial, quando as empresas produtoras de armas estavam sobrecarregadas com a demanda. Verificaram que poderiam delegar serviços a terceiros, que seriam contratados para dar suporte ao aumento da produção de armas.¹²

⁹RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTR, 2001. p. 21.

¹⁰DELGADO, Gabriela Neves; Henrique, Carlos Augusto Junqueira. **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.81.

¹¹CASTRO, Rubens Ferreira de. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.75.

¹²MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas S.A, 2010. p.2.

Já o surgimento da Terceirização, no âmbito do setor público, só aconteceu com a superação do Estado Social e a recepção do Estado Neoliberal. Ocorreu então a desestatização de várias atividades desenvolvidas pelo Estado, na busca de redução da estrutura administrativa, transferindo para o setor privado a execução das atividades meio, em especial limpeza e vigilância. Permitiu-se assim a integração de terceiros no processo produtivo através de parcerias.¹³

No saber de Dora Maria de Oliveira Ramos:

O Estado sucumbiu diante do custo insuportável da manutenção do bem-estar de massas populacionais cada vez maiores. A degradação da qualidade dos serviços públicos lança enorme nuvem de descrença na eficiência da presença do Estado na economia, dando início a um movimento de refluxo que propugna a reformulação da atuação do Estado.¹⁴

Nesse sentido, afirma José Martins Catharino que “não se trata de eliminar a intervenção estatal na economia, o que seria impossível, mas de enxugar ou emagrecer um Estado econômico elefantinho, adiposo e inchado”.¹⁵

Diante do exposto, percebe-se que a Terceirização, ao se estabelecer nas iniciativas privada e pública, reformula o panorama social, sendo necessário o estudo do instituto de modo mais aprofundado.

2.2 CONCEITO

Não há definição legal de Terceirização. Sendo assim, seu conceito é emprestado da Administração, uma vez que se trata de processo de gestão

¹³RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTR, 2001. p.90.

¹⁴*Ibidem*, p.91.

¹⁵CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e Sequela**. São Paulo: LTR,1997.p.32.

no qual se delega a outrem a execução de atividade que fornece o serviço através de parceria.¹⁶

Lívia Mendes Moreira Miraglia ressalta que “na ciência empresarial, a expressão Terceirização refere-se a um terceiro estranho à determinada relação”,¹⁷ já Luiz Carlos Amorim Robortella assim define a Terceirização:

A palavra Terceirização incrustou-se definitivamente ao processo econômico, indicando a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para empresa contratante.¹⁸

No saber de Carlos Alberto Ramos de Queiroz, a Terceirização é técnica administrativa que permite um processo de transferência a terceiros das atividades acessórias e de apoio, permitindo assim a concentração no seu negócio específico.¹⁹

Ainda ressaltando o processo de transferência de atividade, leciona Frank Stephen Davis:

Terceirização é a passagem de atividades e tarefas a terceiros. A empresa concentra-se em sua atividade fim, aquela para a qual foi criada e que justifica sua presença no mercado, e passa a terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) atividades-meio.²⁰

Para Sergio Pinto Martins, a Terceirização é a flexibilização de normas trabalhistas, e assim a define:

A Flexibilização das normas do Direito do Trabalho visa assegurar um conjunto de normas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos

¹⁶RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTR, 2001. p.54.

¹⁷MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.119.

¹⁸ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1994. p.236.

¹⁹QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos de. **Manual de Terceirização**. 5. ed, São Paulo: STS, 1992. p.35.

²⁰DAVIS, Frank Stephen. **Terceirização e multifuncionalidade**. 2. ed. São Paulo: STS, 1992. p.11.

mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação do seu negócio, mormente em épocas de crise econômica.²¹

Ainda conceituando a flexibilização das normas trabalhistas, manifesta-se José Martins Catharino:

A flexibilização das normas trabalhistas, parte integrante do processo maior da flexibilização do mercado de trabalho, consiste no conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito Laboral de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa exigentes de pronto ajustamento.²²

Em sentido mais amplo, Livia Mendes Moreira Miraglia diferencia a flexibilização da desregulamentação:

flexibilização é a adaptação das regras trabalhistas à nova realidade das relações de trabalho, enquanto a desregulamentação apresenta a eliminação de regras estatais, a fim de buscar a regulação da situação através da ação dos próprios interessados.²³

Tendo em vista que a conceituação da Terceirização dada pelos doutrinadores demonstra que esse instituto nasce flexibilizando regras, é importante verificar suas características, destacando os sujeitos desta relação.

2.2.1 Características

A Terceirização agrega ao mercado e à sociedade nova forma de contratação. Mauricio Godinho Delgado entende que as empresas, recepcionando a Terceirização, em reorganização do processo de trabalho, deram prestígio à fórmula de gestão que reduz cargos e agrega funções aos indivíduos, gerando-se assim a eliminação de muitos postos de trabalho, sem supressão de funções. Isso veio a permitir que a iniciativa privada

²¹MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas S.A, 2010. p.2.

²²CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e Seqüela**. São Paulo: LTR,1997.p.50.

²³MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin,2008. passim.

especialize as atividades das empresas, concentrando os esforços de contratação e capacitação no que se entende como atividade fim.²⁴

Gabriela Neves Delgado cita que a Terceirização desencadeou o nascimento de várias empresas de pequeno porte, as quais prestariam os serviços secundários:

Concomitante ao processo de descentralização das etapas de produção criado pelas grandes empresas, surgem as empresas de pequeno porte, instituídas para subsidiar as de grande potencial, mediante a produção de atividades-meio, o que possibilita a complementação do ciclo do processo produtivo.²⁵

Com a transferência de atividades a fornecedor especializado, o tomador de serviço fica apto a concentrar os esforços gerenciais em seu próprio negócio, evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando competitividade; ou seja, o tomador concentra suas energias na atividade fim. Nessa linha, leciona Sergio Pinto Martins:

Adotando a Terceirização, a empresa poderá concentrar seus recursos e esforços na sua própria área produtiva, na área em que é especializada, melhorando a qualidade do produto e sua competitividade no mercado. A empresa irá buscar especialização e centralização de seus esforços na área para a qual tem vocação específica. Pode-se dizer que o objetivo a ser alcançado será o incremento da produtividade e também da qualidade do produto ofertado ao cliente, reduzindo, inclusive, perdas no processo produtivo. Objetiva-se, portanto, a racionalização da produção, com vistas à melhoria da produtividade e qualidade do produto, com custos mais baixos e preço melhor.²⁶

Rubens Ferreira de Castro, ressaltando que a Terceirização é vantajosa por gerar postos de serviço dentro e fora das empresas e movimentar a economia pela criação de novas empresas prestadoras de serviço, assim se manifesta:

²⁴GODINHO, Delgado Mauricio. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre os paradigmas da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTR, 2006. p.42.

²⁵DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTR, 2004. p. 100.

²⁶MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o direito do Trabalho**. 10. ed. revista e ampliada, São Paulo: Atlas S.A, 2010. passim.

A aplicação desta técnica de administração gera o crescimento do número de empresas dentro da economia nacional, sendo que essas aumentam o número de postos de trabalho, com vantagens refletidas na área social da empresa, que tem objetivo que transcende o interesse dos indivíduos que a compõem.²⁷

No entendimento de Carmen Camino:

Quem contratar os serviços de terceiros deles se beneficia imediatamente. Temos aqui o fenômeno da Terceirização dos serviços especializados de apoio, também chamados acessórios, secundários, periféricos, ou, como quer o Tribunal Superior do Trabalho, vinculados à atividade meio da empresa.²⁸

Ressaltando o benefício gerado aos empresários pela Terceirização, Livia Mendes Moreira Miraglia afirma:

Pode-se dizer que os empresários são os maiores, senão os únicos, beneficiados com a prática terceirizante. A transferência da atividade meio para uma empresa prestadora, ao menos teoricamente, reduz o tamanho e o custo do empreendimento.²⁹

Dessa maneira, diante da reformulação do mercado e dessa outra forma de gestão, faz-se necessária a verificação dos sujeitos da nova estrutura.

2.2.2 Sujeitos

Importante ressaltar que o trabalhador terceirizado estabelece uma relação de emprego, como qualquer outro trabalhador comum. Isso decorre do fato de o trabalhador terceirizado, ao laborar para a empresa prestadora de serviços, preencher todos os requisitos fático-jurídicos necessários para a formação de uma relação de emprego.

A lei brasileira define a relação entre empregado e empregador como um contrato, mas afirma que o contrato corresponde a uma relação de emprego. Segundo o art. 442 da CLT, “contrato individual de trabalho é o

²⁷CASTRO, Rubens Ferreira de. **A Terceirização do direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2004.passim.

²⁸CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**.4.ed. revista e atualizada, Porto Alegre: Síntese, 2004.p.238.

²⁹MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.124.

acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Notadamente, a CLT traz no seu texto, indistintamente, a expressão “contrato de trabalho” como relação de emprego, equiparando assim os institutos. Nesse sentido, ensinam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Há, contudo, autores que preferem distinguir tais conceitos, situando a relação de emprego como vínculo obrigacional que une, reciprocamente, o trabalhador e o empregador, subordinando o primeiro às ordens legítimas do segundo, por meio do contrato individual do trabalho; o contrato de trabalho, por sua vez, seria o ato jurídico que, efetivamente, cria a relação de emprego. A relação de emprego corresponderia, portanto, ao resultado da celebração do contrato, ao passo que o contrato representaria a causa do surgimento da relação.³⁰

Já Amauri Mascaro Nascimento assim leciona: “não há uma separação, uma autonomia absoluta entre contrato e relação de emprego, como se fossem duas realidades distintas no plano jurídico”.³¹

Assim, é possível perceber que a relação de emprego é um conjunto de relações jurídicas as quais pontuam-se em sujeitos, ativo e passivo, para compor sua titularidade jurídica, sendo reconhecida na ordem jurídica em razão da existência e do exercício de direitos e deveres. Portanto, a relação de emprego é composta por dois sujeitos, duas pessoas que cumprirão suas obrigações e se investirão em seus direitos.³²

Os sujeitos da relação de trabalho são aqueles que prestam o serviço, denominados empregados, e aqueles que tomam o serviço, denominados empregadores, sendo o empregador o devedor do salário e o empregado o devedor do trabalho.³³ Portanto, na relação de emprego, teremos dois polos, cada qual respondendo por obrigações.³⁴ O conceito de empregador está previsto no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe:

³⁰PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**, 12. ed. revista e atualizada, São Paulo: Método, 2008, p.37.

³¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, 24. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2009. p.579.

³²VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego Estrutura Legal e Supostos**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999. p.107.

³³FILHO, Evaristo de Moraes. MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTR, 2003.p.259

³⁴VILHENA, *op.cit.*p.41.

Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos que admitirem trabalhadores como empregados.³⁵

No saber de Arnaldo Süssekind,³⁶ empregador é pessoa natural ou jurídica que, através do seu poder de comando ou hierárquico, utiliza e ordena a prestação de serviços, estabelecendo uma relação jurídica na qual os trabalhadores se subordinam e o empregador os assalaria. Ainda, conforme ensinamentos de Arnaldo Süssekind:

o empregador , por assumir os riscos da atividade empreendida, exerce o poder de serviços (diretivo, hierárquico e disciplinar) em relação aos serviços prestados pelo empregado.³⁷

O empregador será todo ente a quem se prestará serviço de modo contínuo, com subordinação e mediante pagamento de salário. Sendo assim, é por haver um empregado que há um empregador, independente da estrutura jurídica que se tenha fixado.³⁸ Já os requisitos legais da definição de empregado estão no artigo 3º da Consolidação das Leis do trabalho, que assim determina: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.³⁹

No exame dessa questão, o que se percebe é que, quando um explorador de uma determinada atividade econômica recruta um trabalhador, tem como objetivo que lhe seja prestado um serviço não eventual pela pessoa contratada, mediante subordinação, e que, em contrapartida, lhe

³⁵BRASIL. Lei nº5.425, de 1º de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em :30 agost.2015.

³⁶SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**, 3.ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.211.

³⁷*Ibidem*, p.236.

³⁸NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, 24. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva,2009. p.611.

³⁹BRASIL. Lei nº5.425, de 1º de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em :30 agost.2015.

pagará um salário. Portanto, as peculiaridades da prestação de serviço estão diretamente vinculadas à pessoa do empregado.⁴⁰

Dessa forma, o empregado é um trabalhador que presta pessoalmente serviço, uma vez que este é ajustado em função de determinada pessoa, o que é chamado contrato de trabalho *intuitu personae*. O trabalho com o qual o empregador tem o direito de contar é o de determinada e específica pessoa, e não de outra. Não pode o empregado, por sua iniciativa, fazer-se substituir por outra pessoa sem o consentimento do empregador. A atividade do empregado é exercida sob dependência de outrem, para quem ela é dirigida e de quem recebe salário pelo serviço que presta. O trabalho, nesse caso, deve ser realizado de modo não eventual, pois aquele que presta serviços eventualmente não é empregado.

No entanto, o instituto da Terceirização (i) afasta o prestador de serviço dos olhos do seu empregador, mitigando o requisito da subordinação; (ii) suprime o requisito da pessoalidade, uma vez que qualquer indivíduo pode prestar o serviço; (iii) exclui o requisito da continuidade, uma vez que os serviços são delegados por tempo determinado, em decorrência de a relação de emprego estabelecer-se entre o trabalhador e a empresa fornecedora de serviços, e não diretamente com o contratante (tomador) destes.

Assim, na Terceirização, o empregado não presta serviço diretamente ao seu empregador, com quem estabeleceu contrato individual de emprego, e sim a interposta pessoa. Nesse caso, há uma exceção do conceito de empregado e empregador, pois o tomador de serviço não será o empregador, como definido pela regra. Mauricio Delgado Godinho classifica a Terceirização como forma de rompimento do vínculo de serviço, constatando que:

⁴⁰CAMINO, Carmen. **Direito Individual do trabalho**, 2. ed. revista e atualizada, Porto Alegre: Síntese, 1999. p.100.

Insere-se no interior da relação efetiva entre trabalhador e seu tomador de serviço uma empresa intermediária, chamada prestadora de serviço, que passa a responder pelo vínculo empregatício com o obreiro. Ao invés, portanto, da clássica sistemática pela qual o tomador de serviços habituais enquadra-se como empregador da pessoa física que lhe presta serviços, separam-se, artificialmente, as relações por meio da inserção, nesta seara, da empresa prestadora de serviços, que passa a deter o vínculo empregatício do obreiro.⁴¹

No saber de Livia Mendes Moreira Miragua, “os empregados terceirizados não estabelecem vínculos jurídicos com a tomadora ou com o produto final de seu labor”,⁴² enquanto José Martins Catharino assim leciona: “ ter quem trabalhe para si, sem ser seu empregado, é a razão básica da Terceirização”.⁴³

José Luiz Ferreira Prunes ressalta que, na Terceirização, apresenta-se uma figura que tem papel essencial - o cliente, figura alheia à relação de emprego estabelecida por empregado e empregador.⁴⁴

Tendo-se exposto o panorama da Terceirização, tanto na abordagem dos seus conceitos, como de suas características e sujeitos, o seguimento do estudo vergará para a análise da sua atuação junto aos órgãos públicos, sendo este o tema do próximo capítulo.

⁴¹GODINHO, Delgado Mauricio. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre os paradigmas da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTR, 2006. p.44.

⁴²MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.129

⁴³CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e Seqüela**. São Paulo: LTR,1997.p.72.

⁴⁴PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do trabalho**. Curitiba: Jurua,1997.p.135

3 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Terceirização realizada pela Administração Pública pode ser vista como transferência ao setor privado, por meio de contrato administrativo, da execução de atividade que não constitui seu núcleo substancial. No entanto, nesse caso, como a Terceirização rege-se através de contratação administrativa,⁴⁵ é regulamentada por lei, em observância aos princípios que norteiam a Administração Pública.

Portanto, o estudo dos princípios da Administração Pública se faz necessário, tendo em vista que estes estabelecem o padrão pelo qual todos os atos administrativos e atividades administrativas deverão pautar-se, constituindo, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa.⁴⁶

3.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Entende-se o vocábulo “princípio” como as regras imanescentes ao ordenamento jurídico as quais condensam a ideia de um conjunto ordenado de regras escritas - normas positivas - e de regras que integram e completam - princípios gerais do direito -, *per se*, todo o emaranhado jurídico. Humberto Ávila traz a definição de princípio “como normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, enquanto as regras determinam a própria decisão”.⁴⁷

A construção do Direito Administrativo decorre da liberdade do indivíduo e da autoridade da Administração, tendo como essência a legalidade e a supremacia do interesse público. A Constituição de 1988

⁴⁵“Contrato administrativo é o ajuste que a Administração firma com particular ou outra entidade administrativa para consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22.ed.São Paulo: Malheiros,1997. p.194.

⁴⁶MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Délcio Balestero. FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros,2014. p.90.

⁴⁷ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**.7. ed. Ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros,2007. p. 40.

inovou ao estabelecer, expressamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como princípios aos quais a Administração Pública Direta e a Indireta se submetem,⁴⁸ sendo importante estudá-los.

3.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, aliado ao controle da Administração pelo poder público, cria uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, uma vez que a lei define os direitos e estabelece o limite de atuação da Administração.⁴⁹ Assim, a legalidade como princípio busca garantir que o administrador público realizará seus atos sem se afastar dos mandamentos da lei.⁵⁰

A Constituição Federal prevê a observância do princípio da legalidade nos artigos 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, atribuindo, pelo princípio, uma postura estrita e rigorosa, e restringindo a atuação do Executivo.⁵¹ Odete Mauer cita a previsão Constitucional:

A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (*caput* do art.37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância de lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art.1º, *caput*, da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir normas que ela própria editou.⁵²

No entanto, além de respeitar a legalidade, o ato administrativo deve respeitar a moralidade para obter plena legitimidade. Apenas cumprir a lei na sua literalidade, sem atendê-la no seu espírito e sem orientar-se pela

⁴⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**.24.ed.São Paulo: Atlas,2010. p.64.

⁴⁹DI PIETRO, *loc.cit*.

⁵⁰MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Délcio Balestero. FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.90.

⁵¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.26.ed.São Paulo: Malheiros, 2009.p.102.

⁵²MAUER, Odete. **Direito Administrativo Moderno**.10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2006. p.124.

moral, é afastar o legal do honesto e do conveniente aos interesses sociais. Nesse sentido, o Direito Público extraiu e sintetizou o princípio da moralidade administrativa, que passamos a analisar.⁵³

3.1.2 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade, atualmente, é requisito de validade de todo ato administrativo, sendo obrigação do administrador público distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto, e não apenas guiar-se pelo legal e o ilegal.⁵⁴ No saber de Aloísio Zimmer Júnior, a moralidade administrativa amplia a noção de legalidade.⁵⁵

Todos os cidadãos são legitimados a propor Ação Popular para a anulação de ato administrativo que viole a moralidade administrativa. No entanto, é extremamente difícil delimitar o objeto do princípio da moralidade administrativa, sendo necessário que se estabeleça um padrão moral objetivo, aceitável, de moralidade.⁵⁶

Uma situação de imoralidade, além de gerar ofensa à lei, violando o *ipso facto*, estará gerando ato discriminatório, positivo ou negativo, o que viola diretamente o princípio da impessoalidade.⁵⁷ Sendo assim, faz-se necessário estudá-lo.

3.1.3 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade, como dito no item anterior, é a garantia da não discriminação, que decorre de conduta legal e moral,

⁵³MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Délcio Balestero. FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.91

⁵⁴MEIRELLES, *loc.cit.*

⁵⁵ZIMMER JR, Aloísio Zimmer, **Curso de Direito Administrativo**. 3.ed.São Paulo: Método, 2009. p.119

⁵⁶ZIMMER JR, *loc.cit.*

⁵⁷FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20.

devendo ser destinada a todos os administrados e dirigida aos cidadãos em geral. Nesse sentido, Diogenes Gasparine se manifesta:

o ato administrativo não deve ser elaborado tendo como objetivo a pessoa de alguém. Não pode ser dirigido com o intuito de beneficiar esta ou aquela pessoa, esta ou aquela empresa. (...) é óbvio que esse princípio não impede que certos atos administrativos tenham um beneficiário, como é o caso do ato de nomeação de servidor público.⁵⁸

A plena eficácia da aplicação do princípio da impessoalidade tem como aliados os princípios já mencionados: da legalidade, pois a lei determina tanto os sujeitos competentes como as formalidades dos atos administrativos; e da moralidade, pois a conduta moral impede que o administrador atue em benefício de determinada pessoa em detrimento do bem comum. No entanto, também cabe mencionar o princípio da publicidade, o qual relacionaremos em seguida e que ampara o princípio da impessoalidade, pois, ao disponibilizar aos administrados os dados dos atos da Administração, atribui aos cidadãos o poder de fiscalização dos seus direitos.

3.1.4 Princípio da publicidade

A publicidade é ato expansivo, seja para dar ciência da vigência de uma norma, seja para garantir a fiscalização dos atos administrativos pela sociedade. Tão importante é a importância desse princípio que a Constituição tratou de prevê-lo, além do artigo 37, em vários incisos do artigo 5º, e sobre o tema discorre Hely Lopes Meirelles:

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais- *mandado de segurança*(art.5º, LXIX), *direito de petição*(art.5º, XXXIV, “a”), *ação popular* (art.5º, LXXII), *habeas data* (art.5º, LXXII), *suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa*(art.37º, §4º)- e para tanto a mesma Constituição assegura a todos o direito de receber dos órgãos públicos “informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei , sob pena de responsabilidade”, ressalvados os casos de sigilo “*imprescindível à*

⁵⁸GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14.ed.São Paulo: Saraiva,2009. p.9.

segurança da sociedade e do Estado” (art.5º,XXXIII), e impõe o *fornecimento de certidões* de atos da Administração, requeridas por qualquer pessoa, para defesa de direitos ou esclarecimento de situações(art.5º, XXXIV, “b”), os quais devem ser indicados no requerimento. Observe-se que a Constituição alude, genericamente, “às *repartições públicas*”, abrangendo, obviamente, as repartições da Administração *direta e indireta*, porque ambas são desmembramentos do serviço público e, como tais, têm o dever legal de informar o público sobre sua atuação profissional.⁵⁹

Assim, o que fica claro é que publicação é a divulgação oficial de ato administrativo, dando ao administrado conhecimento e vigência para seus efeitos externos.⁶⁰ No entanto, assim como os demais princípios, a publicidade convalida o ato, que deve ser legal, moral, impessoal e, por óbvio, para adquirir plena eficácia, deve ser exercido com eficiência, princípio sobre o qual passo a discorrer.

3.1.5 Princípio da eficiência

A eficiência foi consagrada como princípio constitucional por força da Emenda Constitucional n.º 19/98, sendo, por isso, o princípio administrativo mais recente. A eficiência sempre foi listada como dever da Administração, mas sua consagração como princípio Constitucional decorre da Reforma do Estado firmada no Plano Diretor de Reforma do Estado, elaborado em 1995, o qual assim estabelece:

reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, que seus serviços - tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida em que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente.⁶¹

Portanto, em decorrência do dever de exercício da boa administração, o princípio da eficiência determina que a Administração Pública realize suas atividades com rapidez, perfeição e rendimento, em

⁵⁹MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Délcio Balestero. FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros,2014. passim.

⁶⁰*Ibidem*,p. 97.

⁶¹DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 24.ed.São Paulo: Atlas,2010. p.84.

consonância com as demais exigências legais, de forma a satisfazer o interesse do administrado em particular e da coletividade em geral.⁶²

3.2 REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

Considerando que a Administração Pública haverá de pautar suas atividades nos princípios que a regem, o questionamento que se faz é: quais são as diretrizes normativas que amparam a recepção da Terceirização nos órgãos Públicos? Tal indagação norteará o seguimento do presente estudo.

3.2.1 Lei de licitações

A Constituição prevê, em seu artigo 37, inciso XXI, que:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.⁶³

Dispõe ainda, no seu artigo 22, inciso XXVII, ser competência da União legislar sobre:

normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.⁶⁴

E, conforme previsto no artigo 22, foi criada a Lei Federal de licitação, em 1993, sob o nº 8.666. No saber de Maira Sylvia Zanela Di Pietro, licitar é:

⁶²GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14.ed.São Paulo: Saraiva,2009. p. 22.

⁶³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 agost.2015.

⁶⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 agost. 2015.

procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.⁶⁵

Ainda no saber de Maira Sylvia Zanela Di Pietro:

A Lei nº 8.666, de 21-6-93, no artigo 10, permite que as obras e serviços sejam prestados por execução direta e indireta, esta última sob os regimes de empreitada ou tarefa. Além disso, o art.6º, inciso II, define o serviço como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos-profissionais”. Nota-se que a remuneração é meramente exemplificativa, conforme decorre do uso da expressão *tais como*. Há ainda o art.13, que indica os serviços técnicos profissionais especializados alcançados pela lei. Não há dúvida, portanto, de que é perfeitamente possível a Terceirização dos serviços indicados na Lei nº8.666.⁶⁶

Segundo as lições do doutrinador Jessé Torres Pereira Júnior:

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada pela Lei nº. 8.883, de 08 de junho de 1994, que estatui as normas gerais sobre licitações e contratos completa o ciclo evolutivo, disciplinando o instituto e os contratos públicos em 125 artigos, a partir das diretrizes traçadas pela Constituição e de modo a exigir sua prática na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, *caput*). Ressalvadas as hipóteses previstas na lei, nenhum órgão ou entidade da Administração Pública brasileira pode, hoje, contratar compra, obra, serviço, alienação ou locação sem prévia licitação, sob pena de violar os princípios fundamentais da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.⁶⁷

Hely Lopes Meirelles esclarece que: “a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato administrativo é o conseqüente lógico da licitação”.⁶⁸

Assim, as normas gerais de licitação têm como finalidade precípua uniformizar toda a regulamentação sobre licitações, no que tange às suas

⁶⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.**Direito Administrativo**.24. ed.São Paulo: Atlas,2010. p.356.

⁶⁶*Ibidem*, p.180

⁶⁷PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6.ed.Rio de Janeiro: Renovar,2003. p.2

⁶⁸MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Délcio Balestero. FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros,2014. p.296.

regras e princípios, por meio da competência privativa da União, tendo em vista sempre o interesse público.

3.2.1.2 Lei 8.666/93- excludente de responsabilidade

A Lei de licitações regulamentou a quem cabe o pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes da Terceirização, estabelecendo, no seu artigo 71, uma excludente de responsabilidade ao tomador de serviço:

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.⁶⁹

Assim, com respaldo da norma Federal, sendo o tomador de serviço ente público e havendo verbas trabalhistas inadimplidas, o empregador será o único responsável em adimpli-las. Portanto, a norma restringe o direito de responsabilizar a Administração Pública pelas referidas verbas, seja de modo solidário, seja de modo subsidiário.

A redação do referido artigo decorre do fato de inexistir relação de emprego entre o tomador de serviço e o trabalhador, bem como do fato de que a elaboração de contrato entre tomador e prestador de serviço cria obrigações apenas para as partes. O trabalhador não é parte nesse contrato, e sim no contrato de trabalho firmado com seu empregador. Sobre o tema, assim se posiciona Carmen Camino: “não há nenhuma relação direta de trabalho entre o trabalhador, o empregado do prestador do serviço e o contratante-tomador do serviço”.⁷⁰

Nesse sentido, José Martins Catharino leciona: “o empregado de fornecedor de serviço não é parte no contrato que se celebra com o

⁶⁹BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 agost.2015.

⁷⁰CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**.4. ed. revista e atualizada, Porto Alegre: Síntese,2004.p.239.

tomador”.⁷¹ Ainda sobre este tema, José Luiz Ferreira Prunes assim se manifesta:

É nosso entendimento que o cliente é terceiro na relação de emprego, dela não participando (como contratante de um contrato de trabalho), mas apenas se beneficiando (em razão de um contrato de natureza civil) dos serviços que a empregadora coloca à sua disposição pelo prazo e pelas condições ajustadas.⁷²

O que se constata, portanto, é que, na triangulação estabelecida pela Terceirização, há dois tipos de contrato: o contrato individual de trabalho, firmado entre empregado e empregador; e o contrato de prestação de serviço, firmado entre fornecedor e tomador de serviço. Não há, por isso, comunicação entre o contrato civil, firmado entre tomador e prestador de serviço, e o contrato de trabalho, firmado entre o prestador de serviço e o trabalhador.⁷³

3.2.2 Súmulas do TST

As normas trabalhistas, com caráter imperativo, têm força obrigatória por si mesmas. A Constituição Federal vigente possui uma série de normativas que versam sobre o direito do trabalho, tanto no âmbito do direito coletivo, quanto no âmbito do direito individual. Há fixação de normas também por lei ordinária, sendo a Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-Lei 5.452/43 - a principal. No entanto, o Tribunal do Trabalho publica a exposição da sua jurisprudência majoritária através de Súmulas, que servem, apenas, como fonte material de Direito, sem força vinculante,⁷⁴ uma vez que não se delega à Súmula o papel regulador que deve ser desempenhado pela lei.

⁷¹CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e Seqüela**. São Paulo: LTR, 1997.p.72.

⁷²PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do trabalho**. Curitiba: Jurua, 1997.p.135

⁷³CAMINO, Carmen. **Direito Individual do trabalho**. 2. ed. revista e atualizada, Porto Alegre: Síntese, 1999. p.98.

⁷⁴ARAÚJO, Francisco Rossal de. **As fontes do direito e o efeito vinculante das súmulas do TST**. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/154.htm>>, acesso em: 26 agost. 2015.

No entanto, com o crescimento da Terceirização dos serviços, e diante da falta de legislação regulamentando a Terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Súmula nº 256, em 1986, que determina:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.⁷⁵

Infelizmente, a Súmula nº 256 não foi capaz de conter a proliferação das contratações através de empresas interpostas, no âmbito trabalhista, e não foi capaz de produzir efeitos perante os tomadores públicos de serviço que, diante da previsão constitucional, estabelecem vínculo de emprego através de concurso público, bem como contratam serviços respeitando a regulamentação imposta pela Lei de Licitações.

A solução gerada pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao compreender a Terceirização como instituto com objetivos bem definidos e sujeito a controle, e buscando regulamentar este fenômeno, foi a publicação, em 1994, da Súmula 331, cancelando a Súmula 256. Surge, assim, a seguinte normatização:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados

⁷⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>>acesso em: 11 agost.2015.

ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.⁷⁶

Dessa maneira, o Tribunal Superior do Trabalho afastou a possibilidade de vínculo de emprego com os órgãos públicos, admitindo apenas a Terceirização para as atividades meio das empresas e resguardando aos tomadores do serviço a responsabilização subsidiária.

3.2.2.1 Súmula 331 do TST- responsabilidade objetiva

A redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, publicada em 1994, determinou que, quando o tomador de serviço for parte da relação processual, a este será atribuída a responsabilidade subsidiária em relação às verbas trabalhistas inadimplidas pelo empregador, ou seja, estabeleceu a responsabilidade objetiva do tomador de serviço. Sobre a responsabilidade objetiva, assim leciona Paulo Alonso:

A objetivação da responsabilidade civil, que tem como princípio a ideia de que todo risco deve ser garantido, desvinculou a obrigação de reparação do dano sofrido da ideia de culpa, baseando-se no risco, ante a dificuldade de obtenção da sua prova, pelo lesado, para obter a reparação.⁷⁷

Caberia, assim, apenas ao trabalhador decidir se o tomador de serviço seria ou não responsável subsidiário. Isso ocorreria na formação processual, não havendo meio de defesa ao tomador para afastar a referida condenação, dependendo exclusivamente da comprovação do empregador de haver quitado todas as verbas trabalhistas.

⁷⁶BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>>acesso em: 11 agost.2015.

⁷⁷ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 12

Na tentativa de estabelecer qual seria a conduta dos juízes ao analisar a responsabilidade dos entes públicos, ou seja, se deveriam seguir a Súmula trabalhista ou a Lei de licitações, foi ajuizada, em março de 2007, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16, pelo governador do Distrito Federal, a qual buscou declarar a constitucionalidade e vigência do §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, em face da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 24 de novembro de 2010, por votação majoritária, declarou a constitucionalidade do referido dispositivo legal, forçando o Tribunal Superior do Trabalho a rever a redação da sua Súmula.

3.3 DA REFORMULAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST

A nova redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, decorrente de novo posicionamento dos seus ministros, assim determina:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.⁷⁸

Notadamente, a nova redação, em seu inciso V, determinou que a única forma de condenar um ente público como responsável subsidiário é comprovando sua conduta culposa, ou seja, estabeleceu a responsabilidade subjetiva, afastando a possibilidade de condenação com base na responsabilidade objetiva.

A responsabilidade subjetiva é assim definida por Sergio Cavaliere Filho:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado ao dever de cautela em seu agir. Daí será culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art.159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da reponsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, com também o dolo.⁷⁹

Ainda na lição de Sergio Cavaliere Filho, a responsabilização de um ato decorrerá da análise de seus pressupostos:

sendo o ato ilícito, conforme já analisado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam os pressupostos da responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária: um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e ainda um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber:

- a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”;
- b) nexu causal, que vem expresso no verbo causar;

⁷⁸BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>>acesso em: 11 agost.2015.

⁷⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010. p.16.

c) dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”

Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art.927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, ao nome e à imagem.

Os pressupostos aqui examinados são comuns à responsabilidade contratual, com a única peculiaridade de ser a prova da culpa, nesse caso, limitada à demonstração de que a prestação foi descumprida.⁸⁰

Nesse contexto, quando a lei dispuser que a punição de um determinado ato decorre da comprovação da culpa, cabe ao julgador analisar o fato observando o conjunto de pressupostos da responsabilidade subjetiva.

Cuidou ainda, a nova redação da Súmula 331 do TST, em limitar a condenação, apenas, ao descumprimento das obrigações estabelecidas na Lei 8.666/93, sendo necessário analisar o que a Lei de licitações estabelece como fiscalização.

A Lei de licitações, em nenhum momento, prevê a obrigação de fiscalizar o adimplemento das verbas trabalhistas por parte do contratado, estabelecendo o artigo nº 58 ser prerrogativa do contratante, apenas, fiscalizar a execução dos serviços. Ademais, seguindo os ensinamentos do nobre professor Hely Lopes Meireles, a fiscalização do ente público não abarca o adimplemento das verbas trabalhistas devidas pelo contratado aos seus empregados:

*O controle do contrato administrativo fica sempre a cargo da Administração, ainda que as partes silenciem a respeito da redação de suas cláusulas. É um dos poderes inerentes à Administração e, por isso mesmo, implícito em toda a contratação pública. Nele se compreende a faculdade de *supervisionar, acompanhar, fiscalizar e intervir* na execução do contrato, para assegurar a fiel observância de suas cláusulas e **a perfeita realização do seu objeto,***

⁸⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010. p. 17.

notadamente nos aspectos técnicos da obra ou do serviço, no cronograma dos trabalhos e na qualidade dos materiais (tudo isso se contém na prerrogativa de *fiscalizar a execução do contrato*, constante do artigo 58, III, da Lei 8.666, de 1993). Desse poder administrativo resulta a possibilidade de alteração unilateral do contrato, para sua melhor adequação ao interesse público; mas não poderá modificar o projeto sem concordância do seu autor. O poder do controle do contrato administrativo por parte da Administração não retira do contrato a autonomia da execução dentro das cláusulas avençadas, nem lhe absorve as responsabilidades técnicas e econômicas do empreendimento; permite, apenas, que a **Administração acompanhe sua realização, velando pela exatidão dos trabalhos**, dando a orientação conveniente e impondo as modificações que o interesse público exigir, ou o avanço da técnica aconselhar, mantendo-se, porém, a equação financeira inicial. No poder de controle do contrato cabe a *intervenção* da Administração em sua execução quando, por incúria da empresa ou pela ocorrência de eventos estranhos ao contratado, sobrevêm o retardamento ou a paralisação da obra ou do serviço, com prejuízos manifestos para a programação administrativa ou para os usuários da atividade ou do empreendimento contratado. Em tais casos é lícito à Administração intervir na obra ou no serviço, assumindo provisória ou definitivamente sua execução, com utilização dos materiais, pessoal e equipamento da empresa, a serem posteriormente indenizados. A intervenção justifica-se como medida de emergência, para assegurar a continuidade do serviço até que se restabeleça a normalidade nos trabalhos ou se rescinda o contrato, verificada a incapacidade do contratado para a sua correta execução.⁸¹

Portanto, as obrigações da Lei n.º 8.666/93 dizem respeito ao acompanhamento e à fiscalização dos serviços executados, a fim de averiguar se a empresa contratada está realizando os serviços quanto ao aspecto técnico, de acordo com os projetos básico e executivo, para melhor atender ao interesse público, não importando quem os irá executar. Sendo assim, o que se expõe na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho cria responsabilidade, determinando que esta haverá de ser analisada em decorrência da culpa do ente público na fiscalização da execução dos serviços, pois essa é a fiscalização prevista na Lei de licitações.

No entanto, a justiça do trabalho vem condenando massivamente os entes públicos, fundamentando as decisões, meramente, na presunção de culpa por haver se beneficiado da prestação de serviço, ou por haver verbas

⁸¹MEIRELES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros Medeiros, 2010. p. 273-274.

inadimplidas, sem analisar a ocorrência da fiscalização, impondo condenações pela responsabilidade objetiva e afastando a norma, que assim prevê: “caso evidenciada a sua conduta culposa”. Viola-se, neste caso, frontalmente, a previsão da Lei n.º 8.666/93, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, estabelecido na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº16, e a própria redação da Súmula 331 do TST. Por óbvio que o não cumprimento da norma legal é afronta direta e frontal ao que determina o artigo art. 5º, II ,37, *caput*, e XXI, 102, § 2º, da Constituição Federal, assunto que será abordado no próximo capítulo.

4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

É de suma importância que as decisões sejam devidamente fundamentadas, para o bom cumprimento das normas constitucionais, ficando a cargo deste capítulo expor os fundamentos contidos no relatório da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16, nas sentenças das Varas do Trabalho e nos Acórdãos dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior do Trabalho, destacando suas incongruências.

4.1 O DEVER DE FUNDAMENTAR

A fundamentação das decisões judiciais é ponto central no qual se ampara o Estado Constitucional, sendo elemento inseparável do devido processo legal, previsto no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal. Na fundamentação, o juiz tem o dever de enfrentar e manifestar-se sobre o problema jurídico abordado pelas partes.⁸² Já o artigo 93, IX, da Carta Magna prevê como garantia constitucional obter do Estado as decisões judiciais e administrativas fundamentadas. E ainda que não estivesse previsto explicitamente, ninguém arriscaria negar que tal dever decorre logicamente do processo justo, ao assegurar as garantias fundamentais.

A decisão judicial é sempre, ou quase sempre, fundada num juízo de verossimilhança, ou seja, a verdade é um ideal inatingível. Busca-se a verdade mais próxima possível da realidade, pois, na maioria das vezes, é impossível chegar a uma verdade absoluta. É baseando-se neste fato que se tem a necessidade da fundamentação ou motivação das decisões judiciais. No entanto, a fundamentação não se confunde com os argumentos, uma vez que aquela constitui os pontos levantados pelas partes das quais decorrerá a procedência ou improcedência, enquanto estes são simples reforços utilizados pelas partes em torno dos fundamentos.⁸³ Assim,

⁸²MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**.4.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p 420.

⁸³MARINONI, *loc.cit.*

o não enfrentamento dos fundamentos pela decisão judicial acarreta a sua invalidade.

A seguir, passo a narrar os fundamentos da Ação de Declaração de Constitucionalidade n.º 16 e dos julgados da justiça do trabalho, com o interesse de demonstrar a violação do ordenamento jurídico decorrente da disparidade entre as fundamentações.

4.2 FUNDAMENTOS DA AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16⁸⁴

Em março de 2007, o governador do Distrito Federal ajuizou ação direta de Declaração de constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8666/93, alegando que o dispositivo legal sofreu violação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, na aplicação da Súmula 331. Advogou que a Súmula 331 do TST afasta o previsto na referida norma, uma vez que responsabiliza, subsidiariamente, a Administração Pública, Direta e Indireta, pelos débitos trabalhistas na contratação de qualquer serviço de terceiro especializado. A União e alguns Estados e Municípios participaram da ação como *amicus curiae*.

Pela complexidade da matéria, o relator - Ministro Cezar Peluso - requereu a decisão colegiada, iniciando o julgamento em setembro de 2008 e votando pelo não conhecimento da ação.

Já o Ministro Menezes Direito (falecido) pediu vista dos autos. O Ministro Marco Aurélio votou pelo conhecimento e julgamento do mérito.

Em 24 de outubro de 2010, o julgamento foi retomado, mantendo o Presidente do STF e Relator - Ministro Cezar Peluso - a decisão pelo

⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16**, Requerente: Governador do Distrito Federal. Publicada em 24 nov./2010, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em: 19 agost.2015.

arquivamento da ação, por entender que a Súmula 331 do TST não declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93. O entendimento não foi unânime, tendo a Ministra Cármen Lúcia - sucessora do Ministro Menezes Direito - apresentado divergência e votado pelo conhecimento da ação e julgamento pelo mérito. Considerou a necessidade de discutir-se a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/93, em decorrência de inúmeros questionamentos das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e demais Tribunais Regionais do Trabalho, bem como considerável número de ações pendentes de julgamento e de Reclamações Constitucionais, junto ao Supremo, todas atacando a Súmula 331 do TST. Exarou assim seu voto:

Como é sabido, à Administração Pública só é possível fazer aquilo que a lei permite, uma vez que vinculada pelo princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição da República). Tenho, portanto, que, para o desate da questão do cabimento desta ação declaratória de constitucionalidade, o que importa é saber qual a natureza da controvérsia judicial sobre o alegado dever da Administração Pública em fiscalizar o adimplemento dos encargos trabalhistas em contrato de prestação de serviços. Na espécie, o dispositivo em questão – art. 71, §1º da Lei n.º 8.666/93 - regulamenta expressamente o art. 37, inc. XXI da Constituição da República, que dispõe: “Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados pelo mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências da qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. 22. Autorizada a contratação pela entidade da Administração Pública de obras e serviços, por meio de licitação, tem-se que a inadimplência dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere à pessoa estatal contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, quando este não o tiver feito. Não se poderia também onerar o objeto do acordo ou criar situação que venha restringir a regularização e o uso das obras ou edificações, inclusive perante o registro de imóveis, sem base legal para tanto. 23. Ao incumbir exclusivamente à empresa contratada o pagamento das obrigações trabalhistas dos empregados a ela vinculados, o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 fixa os limites da responsabilidade contratual do ente estatal na relação contratual firmada, o que não contraria a Constituição da República. Da compatibilidade entre art. 71, § 1º da Lei n.º 8.666/93 e o art. 37, § 6º da Constituição da República.24. É certo que a atuação do Poder Público deve pautar-se pelo princípio da responsabilidade do Estado, sobre o qual escrevi que: “Não se há cogitar de Estado Democrático de Direito sem que compareça no sistema jurídico – em sua formalização e em sua aplicação – o princípio da

responsabilidade estatal. Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado e, principalmente, a medida de efetividade do princípio da juridicidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito. A importância do princípio da responsabilidade acentuou-se com o avantajamento da atuação do Estado, que quanto mais se espraia em sua presença na sociedade, tanto mais se arrisca a adentrar espaços dos particulares, invulneráveis juridicamente, causando-lhes danos patrimonialmente mensuráveis” (Princípios Constitucional da Administração Pública).²⁵ Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação do serviço público tenha como autor agente público. A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade. Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o “dano” considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello considera ‘sujeitos que comprometem o Estado’ *“os que tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio”* (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 891). Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado. Entendimento diverso poderia levar à preocupação já externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em artigo intitulado *“Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União ‘seguradora universal’?”*, ao afirmar que *“por mais que se faça um pretensão juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo “à brasileira”, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados”*. Ao argumento de obediência ao princípio da responsabilidade de Estado – de natureza contratual – não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida. Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa. Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com

consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada.⁸⁵

Em seguimento, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que a Súmula 331 do TST foi editada com base no artigo 2º da CLT, que demarca a figura do empregador, e no artigo 37, parágrafo 6º, da CF, que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros, votando nestes termos:

Creio que não podemos ser tão ortodoxos nesse tema, sob pena de perpetuar o que até aqui prevalecente, porque não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra o verbete do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse enfoque, fiquei vencido, uma vez que, ante a eficácia dos verbetes, admito o controle concentrado de constitucionalidade. De qualquer forma, surge o conflito, pelo menos aparente, entre a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei de Licitações, colocando-se em terceiro plano – repito – norma expressa, categórica, clara, precisa, a relevar que a tomadora dos serviços – serviços terceirizados – não tem responsabilidade, considerados os ônus trabalhistas. Por isso, peço vênia para divergir e admitir, no caso, a declaratória de constitucionalidade.”

“(…)A utilidade deste julgamento, a meu ver, é enorme, porque, como ressaltei, quando da edição do verbete, implicitamente se projetou para o campo da inconstitucionalidade o que disposto no artigo 71 da Lei nº 8.666/93, Lei Geral de Licitações. Se avançarmos e viermos a declarar a constitucionalidade do ato normativo – e acredito na ordem natural das coisas -, o próprio Tribunal Superior do Trabalho reverá o verbete. E a consequência – digo até mais, porque se respeitam as decisões do Supremo – de uma possível glosa do verbete será a retirada, com toda a certeza, desse mesmo verbete do mundo jurídico. Poderemos concluir pela inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e, então, estaremos julgando a matéria de fundo deste processo. Agora, simplesmente dizer que não tivemos, porque restou pacificada a matéria pelo Tribunal Superior do Trabalho, mediante verbete de súmula, controvérsias sobre o tema é desconhecer o móvel do surgimento de um verbete, que é justamente o descompasso de entendimentos, considerada a interpretação do mesmo arcabouço normativo, para se pacificar a jurisprudência. Mantenho meu voto.⁸⁶

Em ato contínuo, o Ministro Ayres Britto lembrou que a Constituição só prevê três formas de contratação pessoal no setor público, quais sejam:

⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16**, Requerente: Governador do Distrito Federal. Publicada em 24 nov./2010, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em: 19 agost. 2015.

⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16**, Requerente: Governador do Distrito Federal. Publicada em 24 nov./2010, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em: 19 agost.2015.

por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária. Assim, embora amplamente praticada, a Terceirização não tem previsão constitucional. Portanto, a hipótese de inadimplência das obrigações trabalhistas do contratado atrai a responsabilidade civil do Poder Público.

Por fim, o Presidente do STF e Relator - Ministro Cezar Peluso - retificou seu voto, superando a questão do não conhecimento da ação e julgando-a procedente. Ressaltou, em seu voto, que a eventual omissão da Administração Pública, no dever de fiscalizar as obrigações do contratado, gera a responsabilidade subsidiária.

Diante dos debates, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, mantendo vigente o comando legal, ementa que ora transcrevo:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a Administração Pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.⁸⁷

Assim, determinou-se a forma pela qual haveria de se posicionar o Judiciário Trabalhista na análise das ações que envolvem a Terceirização no setor público, em respeito à decisão proferida de que o teor do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988, tem caráter vinculante:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos

⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16**, Requerente: Governador do Distrito Federal. Publicada em 24 nov./2010, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em: 19 agost.2015.

e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.⁸⁸

Nesse sentido, a lição do Ministro GILMAR MENDES:

A fórmula adotada pelo constituinte brasileiro, e agora pelo legislador ordinário, não deixa dúvida, também, de que a decisão de mérito proferida na ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia contra todos (*eficácia erga omnes*) e efeito vinculante para os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário. É certo, pois, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir essa orientação, uma vez que a questão estaria definitivamente decidida pelo STF.⁸⁹

Portanto, não fica ao mero alvedrio dos demais órgãos do Poder Judiciário, *in casu*, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juízes do Trabalho, alinhar-se ou não à orientação do Pretório Excelso, pois estão obrigados a seguir a orientação do Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a ADC 16 e, por conseguinte, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/1993. Nesse sentido, passo a expor julgados da Justiça do Trabalho.

4.3 JUSTIÇA DO TRABALHO E JULGAMENTOS APÓS DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DO ART. 71, DA LEI Nº 8.666/1993

Após a declaração da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, a Súmula 331 do TST recebeu nova redação, que decorreu da decisão do Tribunal Superior, através da consolidação do posicionamento dos seus ministros, como já foi exposto no capítulo 3. Estabeleceu-se, então, no inciso V, que a única forma de responsabilizar o ente público, tomador de serviço, como responsável subsidiário ao

⁸⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 agost. 2015.

⁸⁹MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. passim.

pagamento de verbas trabalhistas devidas pelo empregador, é comprovando a sua conduta culposa. A nova formulação atrai, assim, a responsabilidade subjetiva e afasta a possibilidade de condenação com base na responsabilidade objetiva.

Em consonância com o exposto, importante verificarmos os fundamentos exarados pelos nobres julgadores do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região, que notadamente, por força do estabelecido no artigo nº 102, § 2º, da CF/1988, devem basear-se nos fundamentos da decisão proferida na ação de declaração de constitucionalidade nº 16, bem como analisar as provas juntadas ao processo para verificar a conduta culposa. No saber de Fredie Didier Junior, “de pouco valeria ter o direito à produção de um meio de prova, se o juiz pudesse, solenemente, ignorá-lo”.⁹⁰

Tomemos como primeiro exemplo o julgado de primeiro grau do processo 0020082-17.2013.5.04.0016, do TRT4, no qual o julgador condenou subsidiariamente o ente público, fundamentando-se na aplicação da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública, nos termos do artigo nº 37, § 6º, da Constituição Federal. Vejamos:

Como a própria inicial diz e os documentos trazidos aos autos demonstram, foi a reclamante contratada pela 1ª reclamada, sendo essa sua real empregadora. No tópico em apreço, cumpre examinar se existente ou não a RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA do 2º reclamado em relação ao contrato de trabalho da reclamante. No caso dos autos, é inequívoca a contratação de serviços pelo DMAE com a 1ª reclamada, como é admitido na defesa pelo reclamado e também como faz prova a documentação que a acompanha. Nesse contexto, não há dúvida que o trabalho da autora ocorreu dentro dessa contratação e que o 2º reclamado dele se beneficiou.

Nessa esteira, cumpre observar que a responsabilidade subsidiária decorre do fato objetivo do tomador de serviços ter-se beneficiado do trabalho de terceiro, ainda que não seja exigida exclusividade na prestação desses serviços. É ainda reforçada pela regra geral da responsabilidade civil prevista no art. 927 do Código Civil, e independe da legalidade da contratação, permitida ou não permitida, em fraude à lei ou inteiramente de acordo com as normas do Direito do Trabalho. O tomador responde sempre, subsidiariamente, pelas

⁹⁰DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual**. 8. ed. Salvador. Jus Podivm,2013. p.20.

obrigações trabalhistas que o prestador tenha deixado de adimplir. Não exime tal responsabilidade o fato de o tomador ser ente público. Destaco o princípio da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).⁹¹

No entanto, como já foi dito, não cabe condenação subsidiária do ente público pela ocorrência da responsabilidade objetiva, como bem fundamentado no processo nº 0020308-49.2013.5.04.0007, do TRT4:

Ressalto que a decisão do STF na ADC nº 16 afastou tão somente a **responsabilidade objetiva** da Administração Pública quanto aos direitos sonegados pelas empresas que lhe prestem serviços em regime de Terceirização, bem como as teses de inconstitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/71, mas não a possibilidade de a Administração Pública ser responsável por aqueles créditos se, por sua ação ou omissão culposa, causar ou deixar causar dano ao trabalhador que prestou serviços em seu favor.⁹²

Tanto é inadmissível a condenação com base na responsabilidade objetiva, que o próprio Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu, como requisito de admissibilidade recursal, o estabelecimento de responsabilidade objetiva, sem apuração de eventual culpa e presunção de culpa, como bem fundamentado no AIRR-0087600-57.2009.5.04.0018. Vejamos:

Diante do contexto ora fixado, é certo que todos os atuais ministros do Supremo Tribunal Federal já tiveram a oportunidade de julgar a matéria de que trata o presente recurso, sendo pacífico e unânime o entendimento pela compatibilidade da decisão atacada com a autoridade do julgado na ADC 16 e com a própria Constituição Federal, uma vez registrada, na decisão recorrida, a culpa do ente público. Do T-246 remanesce, pois, o exame das seguintes questões: a) estabelecimento de responsabilidade objetiva da Administração Pública desde a 1ª instância, sem apuração de eventual culpa; b) responsabilidade da Administração Pública por culpa presumida *in vigilando* e *in eligendo*; c) aproveitamento da

⁹¹BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Sentença 0020082-17.2013.5.04.0016**. Reclamante: Denise Santos de Brito. Reclamadas: Clinsul mão de obra e representação Ltda. e outros. Julgador: Horismar Carvalho Dias. Porto Alegre, 31 out.2014. Disponível em: <<https://pje.trt4.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> > acesso em: 25 agost. 2015.

⁹²BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Acórdão n.0020308-49.2013.5.04.0007**. Recorrente: Porto Alegre Departamento Municipal de Águas e Esgotos-DMAE. Recorrido: Alexandre Melo da Silva. Relator. João Paulo Lucena. 09 fev.2015. Disponível em: <<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>>. Acesso em: 25 agost.2015.

culpa declarada em primeiro grau quando o acórdão regional aplica a responsabilidade objetiva sem examinar o descumprimento dos deveres legais pelo ente público.⁹³

Ademais, caso houvesse autorização legal para a condenação do ente público, com base na responsabilidade objetiva, ainda se faria necessário o preenchimento do requisito de existência do nexo causal entre o dano produzido para que o Estado respondesse por danos que lhe foram imputados.

Nesse sentido, lembramos a lição do nobre doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta: inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos principalmente quando decorrem de fato de terceiros ou de ação da própria vítima. (...) Entretanto, pode ocorrer que o lesado tenha sido o único causador de seu próprio dano. (...) hipótese é de autolesão, não tendo o Estado qualquer responsabilidade civil, eis que faltantes os pressupostos do fato administrativo e da relação de causalidade. O efeito danoso, em tal situação, deve ser atribuído exclusivamente àquele que causou o dano a si mesmo.⁹⁴

Em seguimento, expomos os fundamentos de sentença proferida em audiência, no processo 0020349-79.2014.5.04.0007, no qual a primeira reclamada – empregadora - foi declarada revel, e por esse fato as demais reclamadas foram condenadas solidariamente, sem que houvesse a leitura das contestações apresentadas e a análise das provas.

Ainda em face da revelia e confissão aplicadas às Reclamadas, condeno as quatro Reclamadas a pagarem, de forma solidária, saldo de salário, férias proporcionais com 1/3, 13º salário proporcional, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, salário

⁹³BRASIL Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista-0087600-57.2009.5.04.0018**. Agravante: departamento municipal de água e esgotos – DMAE Agravados:

Marcos Rodrigo Deus dos Santos,
Letech Engenharia Ltda. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 20 maio 2015.
Disponível em: < <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4>> acesso em: 25 agost.2015.

⁹⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2011.p. 511-513.

do mês de fevereiro de 2014, férias do período de 2013 com acréscimo de 1/3 e multas previstas nos arts. 467 e 477 da CLT, bem como pagamento de FGTS sobre as parcelas de natureza salarial aqui deferidas e o acréscimo de 40% sobre a totalidade do FGTS, inclusive valores já depositados. Registro, ainda, que a responsabilidade solidária da SPH e DMAE decorre da formação de grupo econômico decorrente das terceirizações realizadas.⁹⁵

O exemplo acima citado é tão desamparado de legalidade que foi desconstituído pela interposição por mandado de segurança, que assim deferiu:

MANDADO DE SEGURANÇA. REVELIA E CONFISSÃO DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA AO ENTE PÚBLICO E IMEDIATA CONDENAÇÃO EM PARCELAS RESCISÓRIAS. PROCESSO EM FASE DE INSTRUÇÃO. Vulnera o devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa (incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal) o ato que em reclamatória trabalhista que pende de instrução, com base na revelia e confissão das empresas prestadoras de serviços, atribui ao ente público, na condição de tomador de serviços, a responsabilidade solidária e o condena ao imediato pagamento, sob pena de multa, de parcelas decorrentes da rescisão contratual. ACÓRDÃOACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Seção de Dissídios Individuais, por unanimidade, conceder a segurança para cassar o ato que, nos autos do processo n.º 0020349-79.2014.5.04.0007, determinou ao impetrante o pagamento antecipado, sob pena de multa, do saldo de salário, das férias proporcionais com 1/3, do 13º salário proporcional, do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, do salário do mês de fevereiro de 2014, das férias do período de 2013, com acréscimo de 1/3 e das multas previstas nos artigos 467 e 477 da CLT, bem como ao pagamento do FGTS sobre as parcelas de natureza salarial deferidas e do acréscimo de 40% sobre a totalidade do FGTS, inclusive valores já depositados. FUNDAMENTAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA. REVELIA E CONFISSÃO DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA AO ENTE PÚBLICO E IMEDIATA CONDENAÇÃO EM PARCELAS RESCISÓRIAS. PROCESSO EM FASE DE INSTRUÇÃO. Em exame, a legalidade do ato que, nos autos do processo n.º 0020349-

⁹⁵BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Ata de audiência do processo n.º 0020349-79.2014.5.04.0007**. Reclamante: Gisele Rosa da Rosa. Reclamadas: Proservi Serviços de Vigilância Ltda e e outros. Julgador: Eduardo de Almeida. Porto Alegre, 23 maio.2014. Disponível em: < <https://pje.trt4.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> > acesso em: 25 agost. 2015.

79.2014.5.04.0007, em razão da revelia e confissão ficta aplicadas às duas primeiras reclamadas, condenou todos os demandados, entre os quais o impetrante, de forma solidária, ao pagamento, no prazo de 15 dias, do saldo de salário, férias proporcionais com 1/3, 13º salário proporcional, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, salário do mês de fevereiro de 2014, férias do período de 2013, com acréscimo de 1/3 e multas previstas 467 e 477 da CLT, bem como pagamento do FGTS sobre as parcelas de natureza salarial deferidas e o acréscimo de 40% sobre a totalidade do FGTS, inclusive valores já depositados. Em que pese pudesse, inicialmente, haver dúvida quanto à natureza do ato atacado (se de antecipação de tutela se trata ou se de julgamento antecipado da lide), fato é que segue em aberto a fase de instrução do feito, com designação de audiência para oitiva de testemunha, razão pela qual não se poderia exigir do ora impetrante a interposição imediata de recurso ordinário para atacar o ato que aprecia apenas parte dos pedidos formulados. Cabível, portanto, a presente ação mandamental e, à luz dos elementos nela trazidos, a concessão da segurança. Não há na petição inicial da reclamatória trabalhista pretensão de atribuir ao impetrante a responsabilidade solidária pelos créditos que ali vierem a ser reconhecidos, mas apenas a responsabilização de forma subsidiária (cópia no ID n.º 466236, págs. 2/10). Além disso, inviável retirar da revelia das empresas Proservi Serviços de Vigilância Ltda. e Proservi Sistemas de Monitoramento Ltda. - EPP, e da confissão ficta que daí decorre (exclusivamente para elas, a teor do artigo 320 do CPC), a responsabilidade do ora impetrante, na condição de tomador de serviços, tendo este apresentado defesa se opondo a tanto, inclusive invocando a ausência de culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Presente o entendimento sedimentado na Súmula 331, V, do TST, a teor do qual a responsabilidade do ente público não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, é necessária dilação probatória acerca da matéria. Há, portanto, ilegalidade no ato atacado, por ofensa ao devido processo legal e ao direito ao contraditório e à ampla defesa (incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal). Concede-se, pois, a segurança para cassar o ato que, nos autos do processo n.º 0020349-79.2014.5.04.0007, determinou ao impetrante o pagamento antecipado, sob pena de multa, do saldo de salário, das férias proporcionais com 1/3, do 13º salário proporcional, do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, do salário do mês de fevereiro de 2014, das férias do período de 2013, com acréscimo de 1/3 e das multas previstas nos artigos 467 e 477 da CLT, bem como ao pagamento do FGTS sobre as parcelas de natureza salarial deferidas e do acréscimo de 40% sobre a totalidade do FGTS, inclusive valores já depositados.⁹⁶

Nesse caso, o que se percebe é que tanto os fundamentos da defesa como as provas juntadas foram desconsiderados, em razão da ocorrência da

⁹⁶BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Mandado de Segurança n.º 0020832-33.2014.5.04.0000**. Autoridade Coatora: Juízo da 7ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Impetrante: Porto Alegre Departamento Municipal de Águas e Esgotos-DMAE. Relatora: Des. Tânia Regina Silva Reckziegel, 20 agost. 2014, Disponível em: <<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>>. Acesso em: 27 agost.2015

revelia do empregador; ou seja, o julgador afastou totalmente a aplicação da Súmula 331 do TST, em especial o requisito da necessidade de provar a conduta culposa, bem como aplicou responsabilidade solidária sem amparo legal.

Por fim, citamos trecho da sentença exarada no processo 0020197-85.2015.5.04.0010, no qual ocorreu a condenação, mesmo tendo o réu comprovado sua fiscalização:

entendo que apesar de o reclamado ter se desincumbido do dever de fiscalização, tal fato não é suficiente para afastar a sua responsabilidade objetiva. Trata-se de relação de trabalho, a qual foi consagrada à categoria de direitos e garantias fundamentais pela Constituição Federal de 1988. Neste diapasão, toda a sociedade é responsável pelo trabalho e, mais ainda, pelo dever de propor aos cidadãos um trabalho digno. Tendo a Administração Pública optado em contratar trabalhadores por meio de empresa de Terceirização, deve arcar com os custos sociais de tal escolha. Assim, não é suficiente que a reclamada fiscalize o cumprimento das obrigações trabalhistas, como, aliás, efetivamente fez, pois comprova o regular pagamento dos salários e das demais vantagens, bem como a aplicação de multas à primeira reclamada, pelo descumprimento dos salários e do 13º salário dos últimos meses. O bem principal e que merece a proteção do legislador e do julgador não é a Administração Pública, quando esta mitiga os direitos sociais, mas sim o trabalhador. Tanto é assim, que todos os cidadãos brasileiros possuem o inequívoco direito ao emprego, forte no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, o qual formalmente violado pelo segundo reclamado, certamente para a redução de custos, mas em claro prejuízo ao cidadão brasileiro. Ora, sendo o direito ao emprego cláusula pétrea da Constituição Federal e não tendo o administrador público obedecido à Constituição Federal, evidentemente não pode eximir-se da responsabilidade civil que nasce da má contratação. Não pode alegar desconhecimento do risco de sua opção, ou esconder-se por meio de um processo de licitação, porquanto é mera formalidade e que não supre a garantia exigida pela Constituição Federal. Assim, acolho o pedido e reconheço a responsabilidade subsidiária das reclamadas, observados os períodos de efetivo labor.⁹⁷

Nesse caso, o julgador, de modo escancarado, afasta os requisitos da

⁹⁷BRASIL Tribunal Regional do Trabalho. **Sentença n.º 0020197-85.2015.5.04.0010.** reclamante: Vanessa Ramos Sanches, Reclamadas: Vigilância Asgarras e outros. Julgador: Elisabete Santos Marques. Porto Alegre, 21 agost..2015. Disponível em: < <https://pje.trt4.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> > acesso em: 25 agost. 2015.

Súmula 331 do TST, tendo em vista que expressa, na sua fundamentação, que a tomadora de serviço cumpriu com seu dever de fiscalizar, o que, por si só, impede a aplicação da condenação subsidiária.

Diante de todo o exposto, em especial pelo inconformismo dos entes públicos com os julgados do TRT4, que claramente violam o previsto no inciso V da Súmula 331 do TST, uma vez que condenam com base na responsabilidade objetiva, sem limitar a conduta culposa à violação da Lei 8.666/93 e sem apontar o nexo de causalidade entre a ação do Estado e o dano produzido, verificou-se a existência de protocolos referentes a inúmeras Reclamações ao STF, bem como a interposição de Recursos Extraordinários pela afronta aos artigos 2º, 5º, II, 37, *caput*, e XXI, 102, § 2º, todos da Constituição Federal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgado do Recurso Extraordinário – 760931, determinou, através do “Tema 246”, a repercussão geral da matéria, sobrestando os recursos de sua competência como segue:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS EM FACE DO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Cezar Peluso. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. Ministra ELLEN GRACIE Relatora.⁹⁸

Assim, aguardam os entes públicos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal para bem uniformizar a matéria em prol da segurança jurídica.

⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 603397 RG / SC** -. Recorrente: União. Recorrido: SM e outros. Relatora: Min. Ellen Gracie, 04 fev.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3764960>. Acesso em: 27 agost.2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção e recepção do instituto da Terceirização na sociedade decorreu de fatores econômicos e sociais, tendo se estabelecido nas empresas privadas, na vigência do Estado Social, em decorrência da produção de armamentos na segunda guerra. Foi recepcionada pela Administração Pública, na vigência do Estado Neoliberal, em decorrência da desestatização que enxugou a máquina pública. A Terceirização flexibilizou as regras trabalhistas inserindo na sua relação mais um sujeito: o tomador de serviço, o qual se beneficia com a força de trabalho, sem, no entanto, contratar diretamente o trabalhador. Assim, o empresário pode direcionar sua capacidade técnica para sua atividade fim, deixando a realização das atividades meio a cargo de terceiros.

Tendo a Administração Pública recepcionado a Terceirização, sobre esta incide o regramento dos atos administrativos, em especial os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, sendo, por isso, regulamentada pela Lei de licitações. No entanto, a Justiça do Trabalho aplica suas próprias regras ao julgar ação trabalhista de trabalhador terceirizado, isto é, julga em conformidade com sua jurisprudência majoritária, a qual substancia a publicação de suas Súmulas, transferindo, de modo subsidiário, ao tomador as dívidas contraídas entre empregado e empregador, sem que aquele tenha estabelecido com este relação de emprego, e sim relação contratual civil. Isso se configura em total desrespeito à Lei de licitações, que determina o tomador de serviço não ter obrigação de pagar as verbas trabalhistas devidas pelo empregador. O conflito de regras deu ensejo à propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, em face do §1º, artigo 71 da Lei de licitações, a qual foi julgada procedente, forçando o Tribunal Superior do Trabalho a rever a Súmula 331, que determinava a responsabilização do tomador de serviço de modo objetivo.

Com a nova redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, haveria a Justiça do trabalho de comprovar que o ente público não cumpriu as regras de fiscalização previstas na Lei de licitações, para que assim lhe

pudesse ser imposta a condenação subsidiária referente às verbas trabalhistas inadimplidas pelo empregador aos seus empregados, o que se depreende tanto da nova redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, como da fundamentação do voto dos ministros do Supremo Tribunal Federal exarado na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º16; ou seja, haveria de comprovar-se a conduta culposa do tomador de serviço. No entanto, não é desta forma que as decisões têm sido fundamentadas, uma vez que não analisam provas, mas aplicam a responsabilidade objetiva, configurando-se assim a insegurança jurídica e a violação da lei e da própria Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. As fontes do direito e o efeito vinculante das súmulas do TST. Disponível em <http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/154.htm>. Acesso em: 26 agost.2015.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7.ed. Ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo : Malheiros, 1996.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Sentença 0020082-17.2013.5.04.0016. Reclamante: Denise Santos de Brito. Reclamadas: Clinsul mão de obra e representação Ltda. e outros. Julgador: Horismar Carvalho Dias. Porto Alegre, 31 out. 2014. Disponível em: < <https://pje.trt4.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> > acesso em: 25 agost.2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Sentença n.º 0020197-85.2015.5.04.0010. Reclamante: Vanessa Ramos Sanches, Reclamadas: Vigilância Asgarras e outros. Julgador: Elisabete Santos Marques. Porto Alegre, 21 agost..2015. Disponível em: < <https://pje.trt4.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> > acesso em: 25 agost. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 26 agost. 2015.

BRASIL. Lei n.5.425, de 1º de maio de 1943. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm >. Acesso em: 30 agost.2015.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Planalto .Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm >. Acesso em: 26 agost.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, Requerente: Governador do Distrito Federal. Publicada em 24 nov.2010, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165> > Acesso em: 19 agost. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 603397 RG / SC - SANTA CATARINA. Recorrente: União. Recorrido: SM e outros. Relatora: Min. Ellen Gracie, 04 fev.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3764960>>. Acesso em: 27 agost.2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Mandado de Segurança n. 0020832-33.2014.5.04.0000 . Autoridade Coatora: Juízo da 7ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Impetrante: Porto Alegre Departamento Municipal de Águas e Esgotos-DMAE. Relatora:Desa. Tânia Regina Silva Reckziegel, 20 agost. 2014, Disponível em: <<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>>. Acesso em: 27 agost.2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão n.0020308-49.2013.5.04.0007. Recorrente: Porto Alegre Departamento Municipal de Águas e Esgotos -DMAE. Recorrido: Alexandre Melo da Silva. Relator. João Paulo Lucena. 09 fev.2015. Disponível em:<<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>>.Acesso em: 25 agost.2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Ata de audiência do processo n. 0020349-79.2014.5.04.0007. Reclamante: Gisele Rosa da Rosa. Reclamadas: Proservi Serviços de Vigilância Ltda e e outros. Julgador: Eduardo de Almeida. Porto Alegre, 23 maio.2014. Disponível em: <<https://pje.trt4.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>> acesso em: 25 agost. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sumula 256. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>acesso em: 11 agost.2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sumula 331. Disponível em: :<<http://www.tst.jus.br/sumulas>>acesso em: 11 agost.2015.

BRASIL Tribunal Superior do Trabalho.. AIRR-0087600-57.2009.5.04.0018. Agravante: Departamento municipal de água e esgotos – DMAE. Agravados: Marcos Rodrigo Deus dos Santos, Letech Engenharia Ltda. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 20 maio 2015. Disponível em: < <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4>> Acesso em: 25 agost.2015.

CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho.4º edição revista e atualizada, Porto Alegre: Sintese,2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos . Manual de Direito Administrativo.24. ed.Rio de Janeiro:Lumen Juris,2011.

CASTRO, Rubens Ferreira de. A Terceirização no Direito do Trabalho. São Paulo:Malheiros, 2004.

CATHARINO, José Martins. Neoliberalismo e Seqüela.São Paulo:LTR,1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed,São Paulo:Atlas S.A, 2010.

DAVIS, Frank Stephen. Terceirização e multifuncionalidade. 2. ed. São Paulo:STS,1992.

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: Paradoxo do direito do Trabalho Contemporâneo. São Paulo: LTR, 2004.

_____.Henrique,Carlos Augusto Junqueira . Terceirização no Direito do Trabalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno;OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual. 8. ed.Salvador. Jus Podivm,2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.Direito Administrativo.24. ed.São Paulo:Atlas-2010.

_____.Parcerias na Administração Pública.4. ed.São Paulo:Atlas-2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual ade Direito Administrativo. 24.ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris,2011.

FILHO,Evaristo de Moraes.MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho.9. ed. São Paulo:LTR,2003.

GASPARINI, Diogenes. Direito Adminstrativo. 14.ed.são Paulo:Saraiva,2009.

GODINHO, Delgado Mauricio. Capitalismo , trabalho e emprego: entre os paradigmas da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo:.LTR, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO,Daniel.Código de Processo Civil.4. e. São Paulo:Revista dos Tribunais,2012.

MARTINS , Sergio Pinto . A Terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas S.A ,2010.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes.Direito Administrativo Brasileiro.22.ed.São Paulo:Malheiros,1997.

_____.ALEIXO, Délcio Balestero. FILHO, José Emmanuel Burle. Direito Administrativo Brasileiro. 40. ed. São Paulo : Malheiros,2014.

_____.Licitação e Contrato Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros Medeiros, 2010.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira . A Terceirização Trabalhista no Brasil. São Paulo: Quartier Latin,2008.

MONTEIRO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais,2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 24. ed. revista , atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva,2009.

PAULO, Vicente . ALEXANDRINO, Marcelo .Manual de Direito do Trabalho,12. ed. revista e atualizada,São Paulo: Método, 2008.

PEREIRA JÚNIOR,Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública.6ªed.Rio de Janeiro: Renovar,2003.

PRUNES, José Luiz Ferreira. Terceirização do trabalho Curitiba:Jurua,1997.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos de. Manual de Terceirização. 5. ed, São Paulo:STS,1992.

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

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno direito do trabalho. São Paulo :LTR,1994.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego Estrutura Legal e Supostos.2. ed, São Paulo:LTR,1999.

SÜSSEKIND,Arnaldo.Curso de Direito do Trabalho, 3ºed. revista e atualizada, Rio de Janeiro :Renovar,2010.

ZIMMER JR, Aloísio,Curso de Direito Administrativo. 3. ed.São Paulo : Método,2009.