

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

NILCE CARREGA

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A
SÚMULA 331 DO TST**

São Paulo
2009

NILCE CARREGA

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A
SÚMULA 331 DO TST**

Monografia apresentada como exigência parcial para a conclusão do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientação: Profª Célia Mara Peres

São Paulo
2009

NILCE CARREGA

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SÚMULA 331 DO TST

Monografia apresentada como exigência parcial para a conclusão do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientação: Profª Célia Mara Peres

BANCA EXAMINADORA

Dedico aos meus pais, Alfredo e Anilva, ao meu noivo Sérgio, e às minhas irmãs de coração Paulinha, Ginha e Soninha, pessoas únicas em minha vida.

Agradeço à Professora Célia Mara Peres pela valiosa orientação, e em especial, pelo apoio, dedicação e humanidade, atitudes inerentes a pessoas singulares. Agradeço, ainda, a todos os professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que tornaram a Especialização em Direito do Trabalho momento único de saber e reflexão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 RELAÇÃO DE TRABALHO – CONSIDERAÇÕES.....	3
1.1 Princípios do Direito do Trabalho	5
2 A TERCEIRIZAÇÃO	9
2.1 Conceito.....	9
2.2 Evolução histórica.....	13
2.2.1 Toyotismo, Fordismo e Taylorismo.....	15
2.2.2 A terceirização e a legislação brasileira.....	23
3 A TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	25
3.1 Considerações iniciais.....	25
3.2 Definição e organização da Administração Pública.....	26
3.3 Os princípios que regem a Administração Pública.....	29
3.4 Contratos e parcerias na Administração Pública.....	35
3.5 A terceirização no âmbito da Administração Pública.....	39
4 A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.....	43
4.1 Introdução.....	43
4.2 Origem e interpretação.....	44
4.3 O item IV da Súmula 331 do TST.....	47

5 ARTIGO 71 DA LEI DE LICITAÇÕES X SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE TRABALHISTA.....	55
5.1 A fiscalização da relação de trabalho dos empregados das empresas contratadas.....	57
5.2 Das decisões judiciais.....	65
5.3 O entendimento doutrinário.....	72
5.4 Ação Direita de Constitucionalidade – ADC – 16.....	76
5.5 Do princípio constitucional da Reserva de Plenário. Reclamações no STF.....	79
6 TERCEIRIZAÇÃO – PANORAMA ATUAL.....	86
6.1 Consequências sociais – uma via de mão dupla. Colisão de princípios.....	86
6.2 Terceirização – ausência de legislação específica.....	92
7 CONCLUSÃO.....	95

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar as consequências do fenômeno da terceirização, especialmente em relação aos contratos de prestação de serviços celebrados com a Administração Pública. Considerada pelo Poder Público como técnica administrativa adequada a liberar a Administração Pública da execução de atividades acessórias, para manter o foco em objetivos estratégicos, a terceirização passou a ser vista como grande causadora do descumprimento generalizado de direitos básicos dos trabalhadores. Nesta trilha, o Superior Tribunal do Trabalho publicou a Súmula 331, consagrando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas verbas trabalhistas dos empregados das empresas contratadas, incluindo-se à hipótese a Administração Pública, em que pese determinação legal em sentido diverso, contida no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Em relação ao Poder Público, constata-se que mesmo atendendo aos critérios legais para realizar suas contratações, vem sendo responsabilizado por vultuoso passivo trabalhista deixado por empresas prestadoras de serviço, que abandonam a execução dos contratos administrativos celebrados após sagrarem-se vencedoras em procedimentos licitatórios, deixando literalmente a conta ao erário. A Justiça do Trabalho, por vezes, pondera que não se discute a ilegalidade na relação jurídica entre o tomador e o prestador de serviços, se nenhuma irregularidade foi observada. Pretende, na verdade, amparar o trabalhador, de cuja força de trabalho também se beneficiou o tomador de serviços, que poderá fazer uso de ação de regresso, em face do prestador de serviços. Em que pese o entendimento sumulado pelo TST, a questão não está pacificada; inclusive porque, até o momento, não existe lei que discipline a terceirização. É certo que, enquanto não houver solução

legal, há que se encontrar alternativa visando harmonizar o princípio da legalidade estrita, ao qual a Administração Pública está plenamente vinculada, aos princípios protetivos do Direito do Trabalho. Fazendo uso de um dos princípios que regem a Administração Pública, denominado princípio da razoabilidade e proporcionalidade, entendemos que o Poder Judiciário deve analisar cada caso concreto, evitando a dedução pela ocorrência de fraude. Quanto à Administração Pública, deve adequar-se à realidade e aprimorar, dentro de seus limites, a forma de acompanhamento dos contratos de prestação de serviços que celebrou, inclusive no tocante às relações de trabalho dos empregados das empresas prestadoras de serviço, a fim de resguardar o interesse público.

Palavras-chave: Terceirização. Tomador de Serviços. Prestador de Serviços. Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária.

ABSTRACT

The present study is to analyze the consequences of the phenomenon of outsourcing, especially in relation to contracts for services entered into with the Public Administration. Considered by the Government as appropriate administrative technique to release the Public Administration of the execution of ancillary activities to keep the focus on strategic objectives, outsourcing was seen as a major cause of the widespread failure of basic workers' rights. This trail, the Superior Labor Court issued Pronouncement 331, establishing a subsidiary liability of the borrower of service by labor rights of employees of contractors, including the case where the Government, in spite of a legal otherwise, contained in § 1 of art. 71 of Law No. 8666/93. For the Government, it appears that even with the legal criteria to fulfill their contracts, has been blamed for huge amount of labor liabilities left by companies providing the service, leaving the execution of government contracts awarded following were the winners in bidding procedures, literally leaving the account to the Treasury. The Labor Court, sometimes, argued that no question of the illegality of the legal relationship between the borrower of service and lender of service, if no irregularity was observed. It intends to really bolster the worker, whose workforce has also benefited from the policy service, which could make use of action back in the face of the service provider. Despite the understanding emulates the TST, the question is not pacified, not least because, until now, there is no law governing outsourcing. Admittedly, while there is no legal remedy, we must find an alternative to harmonize the principle of strict legality, which the Administration is fully linked to the principles of protective labor law. Making use of one of the principles

governing public administration, called the principle of reasonableness and proportionality, we believe that the judiciary must examine each case to avoid the deduction by the occurrence of fraud. The public administration must adapt to reality and improve, within its limits, how to monitor contracts for services entered into, including in relation to employment of employees of companies providing service to protect the public interest.

Keywords: Outsourcing. Borrower of Service. Lender of Service. Public Administration. Subsidiary Responsibility.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma reflexão acerca da aplicação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho à Administração Pública, em especial seu item IV.

A terceirização de atividades denominadas secundárias ou de apoio, de há muito, é vista pela Administração Pública como meio adequado para melhor atingir sua finalidade, e conseqüentemente, o interesse público, conforme previsão contida no Decreto-Lei nº 200/67.

Pois bem. Tal situação já não reflete a atual realidade, considerando-se que a Administração Pública, mesmo atendendo a todos os requisitos legais para realizar suas contratações, vem sendo responsabilizada por enorme passivo trabalhista, herdado de empresas com as quais celebrou contratos de natureza administrativa.

Considerando o entendimento dominante da Justiça do Trabalho, à primeira vista parece incontestável que a Administração Pública responde subsidiariamente pelas verbas trabalhistas dos empregados das empresas com as quais contrata, se estas não honram tais compromissos.

Entretanto, a questão não é pacífica, e esta situação vem causando prejuízos de tal monta ao erário, e consequentemente ao interesse público, que tornou-se assunto frequente no noticiário nacional.

A pesquisa para a análise do tema foi realizada através do estudo do pensamento de abalizados doutrinadores do Direito do Trabalho, Direito Administrativo e Direito Constitucional; do entendimento jurisprudencial; de textos e publicações voltados para a Gestão da Qualidade Total, cujas origens trazem íntima relação com o fenômeno da terceirização, além de matérias divulgadas em periódicos e por meio eletrônico, discutindo as consequências da terceirização no âmbito da Administração Pública, na esfera trabalhista.

Pretende-se, com o presente estudo, conhecer mais de perto os dois lados da moeda: o do trabalhador, que detém direito privilegiadíssimo e de caráter social irrefutável; qual seja, o recebimento da contraprestação pela sua força de trabalho, e o da Administração Pública, cuja finalidade precípua é o atendimento ao interesse público, estando para tanto adstrita ao princípio da legalidade.

1 – RELAÇÃO DE TRABALHO – CONSIDERAÇÕES

A relação de trabalho tradicional sempre foi pautada pelos elementos constantes do artigo 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

“Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a responsabilidade deste e mediante salário.”

Esta definição torna evidente a bilateralidade da relação e a prestação pessoal de serviços, caracterizada pela subordinação típica, mediante a qual o empregado cede sua autonomia na direção de suas atividades laborais, em prol da contraprestação pelo serviço prestado ao empregador, que na relação, permanece com o poder diretivo.

Entretanto, a subordinação como referência de diferencial entre o que seja um empregado ou não se tornou insuficiente para amparar uma realidade crescente de trabalhadores, que não se enquadrava na hipótese. Efetivamente, as relações de emprego que ampararam a edição da Consolidação das Leis do Trabalho e estabeleceram o conceito de empregado com base na subordinação, já não se constroem sob as mesmas bases de outrora, ao tempo de 1943. O mundo moderno, influenciado pela tecnologia, divisão de tarefas, racionalização de atividades entre várias empresas de menor porte, tudo isto modificou o modo de produção tradicional e, por via de consequência, acabou por modificar a base de sustentação do conceito de empregado, atingindo a mutação do alcance da interpretação acerca do que seja subordinação.

Discute-se atualmente a própria definição de subordinação, que no entender de Sérgio Pinto Martins¹ “não pode ser considerada como *status* do empregado. Subordinação é decorrente da atividade do empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando ordens.” Outros, apontam a subordinação do ponto de vista objetivo ou estrutural, entendendo-a presente na relação jurídica de trabalho, pelo simples motivo de a atividade desenvolvida pelo empregado se enquadrar na atividade principal da empregadora. Trata-se de moderna doutrina que tem ampliado o leque de adeptos no direito material do trabalho.

Entre a crise de interpretação e alcance da expressão “subordinação”, chega-se à hipótese da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que será objeto de nosso estudo, e trata da relação do tomador de serviços com os trabalhadores de empresas contratadas.

Configura-se, neste caso, a subordinação indireta ou mediata, que ocorre com o tomador dos serviços, já que este “estabelece como o serviço deve ser feito, mas quem dirige efetivamente o trabalho do empregado é o empregador”.²

O fato é que, com o passar dos anos, constatou-se que tanto para a Administração Pública como para as empresas, não era interessante manter um quantitativo elevado de empregados, cujas atividades não guardavam relação com a finalidade específica das mesmas.

¹ **Direito do Trabalho**, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 132.

² Op. cit, pp. 133-134.

A terceirização, que surgiu como solução para a execução das atividades denominadas acessórias, hoje é vista com grande desconfiança por consistir, muitas vezes, no mais escancarado desrespeito aos direitos trabalhistas.

A Emenda Constitucional 45/2004, ao ampliar a competência da Justiça do Trabalho, especialmente através do inciso IX do artigo 114 da Carta Maior, mostrou perfeita adequação com a nova realidade, na medida em que abriu espaço para a apreciação de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, nos termos que a lei dispuser.

É neste panorama dinâmico das novas relações de trabalho que faremos nossas considerações, abordando a seguir os princípios norteadores do Direito do Trabalho.

1.1 Princípios do Direito do Trabalho

Os princípios constituem elemento fundamental ao presente estudo, porque são considerados base para elaboração das normas jurídicas. É possível, através dos princípios, melhor compreender a intenção do legislador, buscando-se em cada caso concreto a solução mais adequada. Ainda, “estabelecem uma direção estimativa, um sentido axiológico, de valoração de espírito. Exigem que tanto a lei como um ato

administrativo respeitem seus limites e tenham seu mesmo conteúdo, sigam sua mesma direção e realizem seu mesmo espírito.”³

Veja-se ainda, antes da análise dos princípios que regem as relações do trabalho, a conceituação do instituto.

Sérgio Pinto Martins traz o seguinte conceito de princípio, *in verbis*:

“São, portanto, os princípios as proposições básicas que fundamentam as ciências. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas.”⁴

Prosseguindo com o referido autor⁵, tem-se para o Direito do Trabalho quatro princípios específicos; quais sejam, princípio da proteção; princípio da irrenunciabilidade de direitos; princípio da continuidade da relação de emprego e princípio da primazia da realidade.

O princípio da proteção é constituído pelos princípios *in dubio pro operario*; o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador.

O princípio *in dubio pro operario* consiste na aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, havendo dúvida quanto à interpretação que a norma alcança.

³Valdirene Laginski, **Os princípios e as regras jurídicas**. Disponível em: < http://www.laginski.adv.br/artigos/principios_regras.htm>. Acesso em 21 dez. 09.

⁴Sérgio Pinto Martins, **Direito do Trabalho**, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

⁵ Op. cit., pp. 62/65

Observe-se ainda, que em caso de dúvida, parte da doutrina sustenta ser o princípio aplicável à questão do ônus da prova.

A segunda hipótese diz respeito à elaboração, aplicação e interpretação da norma mais favorável ao trabalhador.

No tocante à aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador, a finalidade consiste na observância do direito adquirido, no sentido de manter vantagens anteriormente concedidas.

O princípio da irrenunciabilidade de direitos significa que, via de regra, tratando-se de direitos advindos de normas de ordem pública, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e indisponíveis, a fim de evitar fraudes.

O princípio da continuidade da relação de emprego prevê ao contrato de trabalho prazo indeterminado, com exceção dos contratos a termo certo.

O princípio da primazia da realidade visa preservar o trabalhador, no sentido de dar maior importância aos fatos do que a provas documentais, considerando a possibilidade do mesmo vir até mesmo a assinar papéis, sem a devida compreensão quanto ao conteúdo.

Verifica-se que os princípios que regem as relações de trabalho procuram, sobretudo, salvaguardar o trabalhador. A Constituição Federal de 1988, denominada

“Constituição Cidadã”, abraçou totalmente este conceito, ao disciplinar e proteger diversos direitos trabalhistas. A Organização Mundial do Trabalho – OIT, na mesma trilha, tem preocupação constante com a melhoria das condições de trabalho, bem como com fatores sociais que podem influenciar diretamente as relações desta natureza, tais como a globalização.

Dentre as mudanças ocorridas no mercado de trabalho, a terceirização pode ser considerada como uma das mais impactantes no tocante à forma tradicional da relação de emprego, conforme se verá no próximo capítulo.

2 – A TERCEIRIZAÇÃO

2.1 Conceito

Maurício Godinho Delgado⁶ tece as seguintes considerações acerca da terceirização:

“Para o Direito do Trabalho *terceirização* é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.”

O primeiro ponto a ser destacado diz respeito ao aspecto trilateral da relação estabelecida entre o obreiro, o tomador de serviços e a empresa terceirizante.

A terceirização pretendeu transferir atividades que não diziam respeito aos objetivos finais da empresa, surgindo os conceitos de atividade-meio e atividade-fim, que veremos mais adiante. O próprio Poder Público incentivou a prática da terceirização, visando o aprimoramento de estratégias de administração, e a descentralização de atividades.

⁶ Maurício Godinho Delgado, **Curso de Direito do Trabalho**, 5ª ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 428

O artigo 10 do Decreto-Lei nº 200/67, em seu parágrafo 7º, previu e recomendou a terceirização como forma de desincumbir a administração de tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, evitar o crescimento desmesurado da máquina administrativa, bem como desobrigar-se de tarefas executivas, recorrendo sempre que possível à execução indireta, mediante contrato.

De igual modo, o Decreto nº 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional determina em seu artigo 1º que “poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.”

A finalidade está na descentralização de atividades que não dizem respeito aos objetivos estratégicos da organização.

Vejamos a definição de Sérgio Pinto Martins⁷, para o fenômeno denominado terceirização:

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

⁷ **A Terceirização e o Direito do Trabalho**, 9ª ed, São Paulo: Atlas, 2009, p. 10

Em princípio, parece clara a aplicação da terceirização tão-somente às atividades-meio; ou seja, aquelas que não guardam relação com a finalidade principal da empresa; entretanto, a realidade não condiz com esta premissa, até porque o próprio conceito das duas figuras atualmente se confunde.

Atividade-meio pode ser definida como aquela que não tem relação direta com a finalidade da empresa.

São atividades de apoio à execução da finalidade da organização, tais como limpeza, vigilância, conservação predial, manutenção da frota de veículos, *telemarketing*, dentre outras.

O Decreto nº 2.271/97 prevê expressamente, como atividades acessórias, instrumentais ou complementares, as relativas a conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações⁸ e manutenção de prédios, equipamentos e instalações (art. 1º, § 1º).

A atividade-fim, por sua vez, tem relação direta com a finalidade da empresa; seu objeto, e até mesmo com sua missão como instituição. São as atividades essenciais, que estão no objeto do contrato social.

⁸ O artigo 60, § 1º da Lei nº 9.472/97 define a atividade de telecomunicação

Hoje esta distinção não guarda a exatidão de outrora, pela dinâmica do mercado, quando se verifica, por exemplo que em uma linha de montagem de automóveis, muitas vezes terceiriza-se cada etapa do processo produtivo.

Carlos Henrique da Silva Zangrando afirma:

“Por qual razão a terceirização de ‘atividade-fim’ seria ilegal, e não a da ‘atividade-meio’? Aliás, qual o verdadeiro limite entre as duas? Uma atividade-fim pode se tornar ‘atividade-meio’, e vice-versa?

De fato, com os pés postos na realidade, a melhor doutrina deixou bem claras as mazelas do entendimento jurisprudencial adotado pela Justiça do Trabalho, já que a definição do que seja realmente atividade-meio e atividade-fim é incerta, aceitando-se na atualidade uma maior elasticidade no conceito de terceirização lícita.”⁹

O foco da terceirização não reside somente em concorrência e lucratividade, como frequentemente se interpreta, mas na questão de eficiência, celeridade e redução de custos.

O que a lei não admite é a denominada intermediação de mão-de-obra, conhecida como *marchandage*¹⁰; a terceirização fraudulenta, através da qual se tem o fornecimento de trabalhadores por empresa interposta, que pretende eximir-se das obrigações trabalhistas, também afastadas pela tomadora de serviços, que declarará sua ilegitimidade para tal responsabilidade.

⁹ Carlos Zangrando, **Curso de Direito do Trabalho**, Tomo II – Direito Individual do Trabalho, São Paulo: LTr, 2008, pp. 1008-1009.

¹⁰ Intermediação de mão-de-obra.

Mencione-se ainda a quarteirização, que consiste em delegar a empresa especializada a gestão de empresas terceirizadas, consolidando ainda mais o caráter múltiplo da relação trabalhista.

A realidade demonstra que não basta ao tomador de serviços simplesmente terceirizar atividades, achando que se desincumbirá de tarefas que o deixarão livre para o foco no objetivo principal da empresa.

Cabe ao mesmo fiscalizar não somente a prestação dos serviços, como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada para com seus empregados, situação a qual também está submetida a Administração Pública, conforme entendimento pacífico da jurisprudência.

2.2 Evolução histórica

A terceirização é fenômeno mundial.

Conforme Sérgio Pinto Martins, a terceirização vem desde a Segunda Guerra Mundial, quando as empresas produtoras de armas concluíram que poderiam delegar serviços a terceiros, para corresponder às necessidades da demanda.¹¹

¹¹ Sérgio Pinto Martins, **A Terceirização e o Direito do Trabalho**, op. cit., pp. 2-5.

No Brasil a ideia surgiu nos anos 50, trazida pelas multinacionais que pretendiam manter o foco específico no negócio.

Curiosa informação, trazida pelo referido autor, diz respeito à origem das empresas de trabalho temporário, que surgiram nos Estados Unidos, quando um advogado de nome Winters precisava apresentar um recurso de 120 laudas à Suprema Corte, e sua secretária adoeceu, acabando por fazer uso dos serviços de datilografia de uma ex-secretária, que estava se dedicando exclusivamente aos afazeres do lar.

A partir desta situação, fundou a *Manpower*, que fornece mão-de-obra temporária para atender situações de emergência, cujos trabalhos sejam de curta duração, e possui mais de 500 escritórios no mundo.

Esta situação-tipo é exemplo importante para a reflexão do quanto os fatos e valores influenciam o direito e bem assim, da necessidade de os aplicadores e intérpretes afeitos ao ramo do Direito do Trabalho se adequarem à realidade das relações, que mudam a cada dia, de acordo com a necessidade do mercado, especialmente se consideramos que a Consolidação das Leis do Trabalho data de 1943.

Importante ainda, para o estudo do fenômeno da terceirização, conhecer os modelos de administração surgidos em decorrência da onda de industrialização trazida pela Revolução Industrial para otimizar a produção. Os modelos de produção

denominados Fordismo, Taylorismo e Toyotismo retratam as mudanças na economia capitalista que deram origem à própria terceirização, conforme se verá a seguir.

2.2.1 Toyotismo, Fordismo e Taylorismo

A terceirização é “prática administrativa que se instalou no modelo produtivo que se convencionou chamar de toyotismo”.¹²

Este sistema de administração surgiu nas fábricas de automóveis Toyota, por influência do engenheiro americano W. Edwards Deming, que atuou como consultor das forças de ocupação dos Estados Unidos no Japão, após a Segunda Guerra.

Através do toyotismo, entendia-se que a qualidade poderia ser melhorada, sem resultar na diminuição da produtividade, possibilitando aos trabalhadores escolher qual a melhor maneira de executar suas tarefas, bem como inovar no processo de produção.

Nesta trilha, dentro das fábricas da Toyota, no Japão, acabaram surgindo os conceitos de Qualidade Total e de equipe de trabalho, o denominado *team work*.

Passou-se a produzir de acordo com a demanda – *just in time*, sem desperdícios, e sem necessidade de amplos locais para o armazenamento de estoque.

Isto porque, nesta época histórica, fase posterior à grande crise, iniciada pelas consequências econômicas fragilizadas advindas da segunda guerra mundial, majorada posteriormente com a crise do petróleo de 1973, os países mais impactados, dentre eles o Japão, se viram diante do desafio de otimizar a produção, levando em conta seus pequenos espaços físicos industriais atrelado à ausência de demanda que justificasse a concentração de produtos em grandes estoques.

A fábrica tinha que ser enxuta, os problemas resolvidos em equipe, sendo todos responsáveis. Abriu-se espaço para a inovação e criatividade, beneficiando os trabalhadores, que passaram a ser treinados para desenvolver habilidades e competências.¹³

Este método de administração possibilitou à Toyota oferecer maior diversidade de modelos de automóveis, sem precisar aumentar os custos, afastando a produção em série.¹⁴

Observe-se que Deming foi um dos mentores da recuperação japonesa após a Segunda Grande Guerra, e suas teorias são largamente utilizadas até os dias de hoje porque resultam, dentre outras consequências, na otimização de recursos, gerência

¹² Jorge Luiz Souto Maior, **Terceirização na Administração Pública-Uma Prática Inconstitucional**, Revista LTr, vol. 70, nº 11, novembro/2006, pp. 1307-1317.

¹³Disponível em: < www.geomundo.com.br/geografia-30108.htm>. Autor não identificado. Acesso em 10 out. 09.

¹⁴ Habilidade está relacionada com o saber fazer. A competência diz respeito a conhecimento e atitude, podendo ser assim definida: "Conjunto de conhecimentos, habilidades, comportamentos e aptidões que possibilitam maior probabilidade de obtenção de sucesso na execução de determinadas atividades." – *in*, Disponível em:

participativa – a alta administração conhecendo o denominado “chão de fábrica”, e trabalho em equipe, com abertura para a inovação e criatividade.

Antecedendo ao toyotismo, surgiram no ambiente fabril os sistemas de administração denominados taylorismo e fordismo. O taylorismo foi criado pelo engenheiro americano Frederick W. Taylor, que a partir da observação de trabalhadores nas indústrias, concluiu que “deveriam ser organizados de forma hierarquizada e sistematizada, ou seja, cada trabalhador desenvolveria uma atividade específica no sistema produtivo da indústria (especialização do trabalho)”.¹⁵

Esta teoria primava pela produção em tempo recorde, e recebeu críticas, porque se entendeu que levava à robotização dos empregados, que ficavam impedidos de criar, limitando-se a executar movimentos repetitivos.

Posteriormente surgiu o fordismo, cujo mentor foi o industrial Henry Ford, que introduziu o sistema de linha de montagem para consumo em massa.

Jorge Luiz Souto Maior comentou, acerca do tema:

“No fordismo, que implementou a produção em massa com fluxo contínuo, a lógica do lucro era baseada na redução do custo e, de forma pendular, o custo se reduzia pela produção em escala. Dentro do pensamento fordista, igualmente, a automatização que substituíra pessoas estava justificada se representasse redução do custo da produção.

<http://www3.catho.com.br/salario/action//artigos/Modelos_de_Habilidades_e_Competencias.php>. Autor não identificado. Acesso em 11 out. 09.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com.br/geografia/taylorismo-fordismo.htm>>. Autor não identificado. Acesso em 10 out. 09.

Muito desse ideal incorporou-se às empresas pelo mundo afora, mas apenas utiliza da lógica de empresa enxuta do modelo Toyota como forma de potencializar o espírito fordista. A empresa é toyotista, em termos de estruturação, pretensamente enxuta, mas, fordista, por essência. A subcontratação e a terceirização são utilizadas apenas na perspectiva da redução do custo imediato, pouco importando qual o efeito em termos do custo final da produção.”¹⁶

O autor reflete acerca da precarização das condições de trabalho decorrentes do sistema toyotista, que segundo seu entendimento, também foi responsável por grande aumento nas subcontratações, feitas apenas com a intenção de reduzir custos.

Segundo José Augusto Rodrigues Pinto, “a terceirização é outro dos subprodutos naturais da Revolução Tecnológica, que propiciou, através da cibernética e da informática, a troca da base “fordista” para a “toyotista” de produção .”¹⁷

Em que pesem as críticas, não se pode olvidar dos inúmeros benefícios trazidos às empresas e à própria Administração Pública, em decorrência da implantação dos programas de Qualidade Total, que conforme mencionado, tiveram origem dentro das fábricas da Toyota.

São muitos os exemplos na Administração Pública. Cite-se o próprio Poder Judiciário, através dos Tribunais Regionais Federais, que desenvolveram intenso trabalho na implantação, verificação de oportunidades de melhoria e atuação nos pontos necessários.

¹⁶ Op. cit., pp. 1308-9.

O mesmo ocorreu com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que na qualidade de empresa pública, integrante do rol de órgãos que compõem a Administração Pública Indireta, implantou os Programas de Qualidade Total nos anos 90, e avançando cada vez mais em seus objetivos, consagrou-se vencedora em diversos prêmios, sendo eleita, pela oitava vez consecutiva, a instituição mais confiável do Brasil na pesquisa Marcas de Confiança 2009, realizada pela Seleções *Reader's Digest*, com respaldo técnico do Ibope Inteligência.¹⁸

Cite-se, ainda, a utilização dos Programas de Qualidade Total na Polícia Militar do Estado de São Paulo, em escolas e na administração de hospitais.

O XX Congresso Brasileiro de Magistrados ocorrido no período de 29 a 31 de outubro de 2009, em São Paulo, teve como tema principal a gestão democrática do Poder Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça, influenciado, entre outros, pela doutrina do sociólogo português Boaventura de Souza Santos, acerca da administração da justiça como fator de efetividade, editou a Resolução nº 70, de 18/03/2009, que dispõe sobre as diretrizes nacionais que devem ser observadas pelos Tribunais, quanto ao planejamento e à gestão estratégica.

¹⁸ José Augusto Rodrigues Pinto, **O Direito do Trabalho e as Questões do nosso Tempo**, São Paulo: LTr, 1998, p.44.

Referida Resolução estabelece como missão do Poder Judiciário, “realizar justiça” e como visão (como a organização pretende ser vista), “ser reconhecido pela Sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social”.

Em publicação da Associação dos Magistrados Brasileiros¹⁹ disponibilizada no evento, reflete-se acerca do paradoxo existente entre a carga de trabalho dos juizes brasileiros – uma das mais elevadas do mundo --, e a falta de reconhecimento da população, cuja tendência consiste em atribuir aos mesmos a morosidade da Justiça.

Comenta-se acerca da resistência natural de alguns seguimentos da magistratura no tocante às atividades de gestão, para as quais entendem que não foram preparados, e que esta visão vem perdendo força, pela necessidade de “uma gestão estratégica que considere o planejamento e o compartilhamento de decisões, ferramentas indispensáveis para que a instituição possa cumprir os objetivos que justificam a sua existência.”²⁰

Concluiu-se que um dos fatores de grande impacto na morosidade da Justiça consiste, justamente, na falta de preocupação com planejamento e gestão estratégica.

As práticas de gestão acabam sendo atreladas aos conceitos de Qualidade, porque discutem temas como gestão de pessoas no tocante ao desenvolvimento de

¹⁸Disponível em: < <http://www.selecoes.com.br/marcasdeconfianca/>>. Acesso em 24 out.09.

¹⁹ **Gestão Democrática do Judiciário**, Gestão e Fortalecimento da Magistratura, Associação dos Magistrados Brasileiros-AMB, Presidente Mozart Valadares @M Vervásio dos Santos, Coordenador da Campanha de Gestão Democrática do Judiciário, publicação fornecida no XX Congresso Brasileiro de Magistrados, São Paulo, 2009, pp. 6-8.

conhecimentos, habilidades e atitudes, além do aspecto motivacional e de comprometimento, responsabilidade social, dentre outros fatores, que acabam refletindo diretamente na eficiência da prestação de serviços. A organização precisa estar alinhada, através do estabelecimento de metas, e todos os que dela façam parte devem conhecer a missão, a visão e praticar os valores, que no caso do Judiciário são credibilidade, acessibilidade, celeridade, ética, imparcialidade, modernidade, probidade, responsabilidade Social e Ambiental e transparência (art. 1º, Resolução nº 70/2009, Conselho Nacional de Justiça).

A Qualidade Total costuma gerar desconfortos porque mexe com padrões preestabelecidos, muitas vezes inadequados para a atualidade, ou revela ausência total de padronização, fazendo com que os envolvidos deixem a denominada “zona de conforto” e ingressem na chamada “zona grise”, considerando-se que muitas pessoas apresentam resistência natural a mudanças.

Ainda, alerta para a necessidade de redução de desperdícios, reciclagem, melhor distribuição de tarefas, autodisciplina, gestão em equipes, gestão ambiental, responsabilidade social, dentre outros fatores, buscando sempre a melhoria contínua.

Também traz resultados significativos para a qualidade de vida do trabalhador, porque atua positivamente na prevenção de doenças e acidentes. Cite-se como exemplo o incentivo à prática de ginástica laboral; gerenciamento de *stress*, verificação das condições adequadas de segurança; da utilização de equipamentos de

²⁰ Op. cit., p. 8.

proteção individual, dentre outros. Ainda, os Programas de Qualidade observam, nas organizações, as condições de higiene, poluição sonora e visual.

Garibaldi Dantas Gurgel e Marcelo Milano Falcão Vieira anotaram, acerca da Gestão Estratégica da Qualidade:

“Na sua abordagem gerencial contemporânea, a Gestão Estratégica da Qualidade envolve o uso de técnicas comportamentais, a utilização do conceito de clientes internos externos, cuja satisfação é objetivo maior, a quebra da dicotomia entre o fazer e o pensar típico da administração taylorista, a formação de equipes que pensam e executam os projetos, e a ênfase nos processos e fluxos de trabalho, a partir da estruturação organizacional adequada.”²¹

Trata-se de processo de transformação cultural, de conscientização, que traz mudanças não somente nas empresas, mas nos próprios lares, pois muitos empregados que abraçam os conceitos passam a ter um controle melhor sobre suas vidas, adotando práticas saudáveis que levam à melhor convivência familiar.

Para a Administração Pública, que tem o dever constitucionalmente imposto de atender ao princípio da eficiência, esta ferramenta vem proporcionando resultados favoráveis, dos quais pode-se destacar a prestação de serviço de melhor qualidade, com economia ao erário.

A terceirização, tão presente na realidade nacional, atingindo o setor público e a iniciativa privada, é disciplinada através de legislação esparsa, não havendo lei que a regule especificamente, conforme veremos na sequência.

²¹Garibaldi Dantas Gurgel e Marcelo Milano Falcão Vieira, **Qualidade total e administração hospitalar: explorando disjunções conceituais**, p. 329. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v7n2/10251.pdf>>. Acesso em 24 out. 09.

2.2.2 A terceirização e a legislação brasileira

Godinho Delgado ensina que a terceirização no âmbito do Direito do Trabalho é fenômeno recente no Brasil, das últimas três décadas – entre o fim dos anos 60 e início dos 70, e a CLT, por sua vez, menciona duas figuras a título de subcontratação de mão-de-obra, que são a empreitada e subempreitada, no artigo 455, e pequena empreitada, no artigo 652, “a”, III, CLT.²²

A Administração Pública deu início ao processo de terceirização, através do artigo 10 do Decreto-Lei nº 200/67.

A Lei nº 5.645/70, no parágrafo único do artigo 3º, previu: “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

Prosseguiu-se com a Lei nº 6.019/74, Lei do Trabalho Temporário; Lei nº 7.102/83, prevendo a terceirização do trabalho de vigilância bancária, em caráter permanente, que ao depois sofreu modificação através da Lei nº 8.863/1994,

²² Maurício Godinho Delgado, **Curso de Direito do Trabalho**, 5ª ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 429

abrangendo a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado; segurança de pessoas físicas, transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga, nos termos do artigo 10 da Lei nº 7.102/83.

A Lei nº 11.442/07, por sua vez, dispõe sobre o transporte rodoviário de bens e passageiros – transportador rodoviário autônomo.

A atividade de *telemarketing*, tão difundida nos dias de hoje, não possui legislação específica. Conforme entendimento do Ministério do Trabalho e Emprego, o operador de *telemarketing* não se equipara ao telefonista, para efeito de redução de jornada (Precedente Administrativo nº 26, aprovado pelo Ato Declaratório nº 4/2002), mas a questão não é pacífica.

Pois bem. O ordenamento jurídico pátrio carece de norma que discipline a terceirização, acabando esta lacuna a ser preenchida por súmula de jurisprudência – a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que será objeto de estudo mais adiante.

A terceirização no tocante à Administração Pública constitui situação à parte, porque esta é submetida ao denominado princípio da legalidade estrita -- só pode fazer o que for permitido em lei --; e foi justamente através de texto normativo, o Decreto-lei nº 200/67, que se deu início ao processo no setor público, corroborado pela Lei nº 8.666/93, que prevê o regime do contrato administrativo, celebrado em parceria com a iniciativa privada, conforme se verá no próximo capítulo.

3 – A TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Considerações iniciais

A Administração Pública vem sendo fonte frequente de debates e reflexões, quando o assunto é terceirização.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a Administração Pública deu início ao processo de terceirização através do Decreto-lei nº 200/67, tendo como foco a economicidade e eficiência – em que pese o último objetivo não constar da Constituição Federal à época --, e não lucro; entretanto, ironicamente, vem sendo responsabilizada dia-a-dia por verbas trabalhistas de empregados de empresas que contratou através de regular procedimento licitatório.

No dizer de José Afonso da Silva²³, eficiência pode ser assim conceituada:

“Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultado.” (com grifos no original)

²³ José Afonso da Silva, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 671.

Nada mais atual do que a recomendação contida no Decreto-lei nº 200, nos idos de 1967, pois já se sinalizava a necessidade de um serviço público efetivo, e a terceirização de determinadas atividades foi considerada ferramenta para tanto.

3.2 Definição e organização da Administração Pública

A Carta Maior, no Capítulo VII do Título III, artigos 37 a 43, trata da Administração Pública, que pode ser definida como “o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas.”²⁴

No tocante à organização, a Administração Pública pode ser centralizada, “como conjunto de órgãos administrativos subordinados diretamente ao Poder Executivo de cada uma daquelas esferas governamentais autônomas – chamada, por isso, *Administração direta* –, e, de outro lado, de *administração descentralizada*, como órgãos integrados nas muitas entidades personalizadas de prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, vinculadas a cada um dos Poderes Executivos daquelas mesmas esferas governamentais – dita, por isso, *Administração indireta*, e ainda a *fundacional*.”²⁵ (destaques no original)

Esclareça-se que as esferas governamentais autônomas dizem respeito às espécies de Administração Pública: federal, da União; a Administração estadual – de cada Estado; do Distrito Federal, e a Administração municipal ou local.

²⁴ Op. cit., p. 655.

²⁵ Ibidem. p. 655-656.

A administração indireta constitui as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

O artigo 37, XIX, da Constituição Federal, dispõe acerca da criação destas entidades, *in verbis*:

“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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

A autarquia é entidade administrativa autônoma, criada por lei, com personalidade jurídica pública, para executar atividade típica do Estado

A empresa pública tem personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivamente público. Tem por finalidade a prestação de serviço público ou a exploração de atividade econômica que lhe são delegadas pelo Governo.

Da mesma forma, a sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, que também pode assumir a prestação de serviço público ou a exploração de atividade econômica, constituída de capital público e privado.

Quanto às fundações públicas, “são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, sem fins lucrativos, criadas em virtude de autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades de interesse público, como educação, cultura e pesquisa, sempre merecedoras de amparo legal. São criadas por lei específica e regulamentadas por decreto, independentemente de qualquer registro.”²⁶

Outro tema de grande importância para o estudo em questão, diz respeito à submissão da Administração Pública ao regramento da Lei nº 8.666/93.

José Afonso da Silva²⁷ denomina de princípio da licitação pública, que consiste na sujeição das contratações de execução de obras, serviços, compras ou alienações do Poder Público, em regra, à seleção de propostas mais vantajosas à Administração.

Trata-se, segundo o autor, de “princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.”

Tal situação torna-se essencial para enfatizar as condições diferenciadas nas quais a Administração Pública é submetida, quando necessita contratar serviços, executar obras ou adquirir bens de modo que, exemplificando, se contratou

²⁶ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/BGU/2002/Volume1/014.pdf>>. Acesso em 22 out. 09.

²⁷ José Afonso da Silva, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 672-673.

determinada empresa para a prestação de serviços de limpeza, significa que esta foi vencedora em procedimento licitatório no qual todas as exigências legais foram cumpridas.

A abordagem dos princípios que regem a Administração Pública é essencial à compreensão da dinâmica de seus atos, conforme será demonstrado no próximo item.

3.3 Os princípios que regem a Administração Pública

Conforme elenca Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸, a Administração Pública é regida pelos princípios da legalidade; supremacia do interesse público; impessoalidade; presunção de legitimidade ou de veracidade; especialidade; controle ou tutela; autotutela, hierarquia; continuidade do serviço público; publicidade; moralidade administrativa; razoabilidade e proporcionalidade; motivação; eficiência e segurança jurídica.

Em breve explanação acerca de cada princípio, temos que, de acordo com o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que for permitido em lei (legalidade estrita), ao contrário do que ocorre nas relações entre particulares, que podem fazer tudo o que a lei não proíbe.

²⁸ Maria Sylvia Zanella di Pietro, **Direito Administrativo**, 13ª ed., São Paulo: Atlas S.A., pp. 67-86.

O princípio da supremacia do interesse público está ligado ao bem-estar coletivo, não podendo a Administração dispor do mesmo.

Conforme comenta a referida autora, *in verbis*

“Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os **poderes** atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão.” (grifo no original)²⁹

O princípio da impessoalidade significa que a Administração não pode prejudicar ou beneficiar pessoas. Além disso, pretende vedar a promoção pessoal de agentes ou autoridades, nos termos do art. 2º, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 9.784/99.

O princípio da presunção de legitimidade ou de veracidade possibilita à Administração Pública a execução imediata de suas decisões, porque se presume (presunção relativa) pela veracidade dos fatos e que os atos foram praticados dentro da legalidade, já que a mesma submete-se à lei.

O princípio da especialidade diz respeito às pessoas jurídicas públicas administrativas, em especial as autarquias, que são criadas com os objetivos definidos em lei, dos quais não poderão afastar-se.

²⁹ Op. cit., p. 70.

O princípio do controle ou tutela consiste na fiscalização, dentro da lei, das entidades da Administração Indireta pela Direta, a fim de garantir o cumprimento do princípio da especialidade.

O princípio da autotutela decorre do princípio da legalidade ao qual a Administração Pública está sujeita, observando-se em relação aos atos praticados, a “possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.”³⁰

O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento, através da Súmula nº 473, considerando que a “administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

De igual modo, a Administração pode zelar pelo seu patrimônio, fazendo uso de polícia administrativa, se necessário.

Através do princípio da hierarquia os órgãos da Administração Pública são organizados, existindo coordenação e subordinação entre os mesmos, e as atribuições são definidas nos termos da lei.

³⁰ Op. cit., p. 73.

O princípio da continuidade do serviço público tem como objetivo evitar a paralisação da prestação de serviços, que são essenciais à coletividade.

Pelo princípio da publicidade a Administração tem que dar ampla divulgação de seus atos, com exceção das hipóteses de sigilo, nos termos da lei.

O princípio da moralidade administrativa apresenta discussões quanto ao significado e alcance, porque o próprio conceito de moral é abstrato, sendo assim definido pela professora Maria Sylvia:

“Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.”³¹

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade aponta para a necessidade da Administração Pública agir dentro dos limites adequados ao ato, e proporcionalmente aos fins que pretende alcançar.

O princípio da motivação significa que a Administração Pública precisa indicar a base legal e as circunstâncias fáticas que a levaram à determinada decisão, a fim de possibilitar sua interpretação e a verificação quanto à legalidade do ato.

O princípio da eficiência foi inserido na Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 19, de 04-06-98, e trouxe inovação, pois o que se busca na

Administração Pública são resultados efetivos, e não a prestação de serviços pura e simples.

A autora em estudo faz importante consideração acerca do referido princípio, em relação ao princípio da legalidade, *in verbis*:

“Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.”³²

Este princípio é interessante para o presente estudo, cuja discussão envolve a atuação de particulares na prestação de serviços junto à Administração Pública. É certo que a Administração, dentro de suas peculiaridades, pode prestar serviços de melhor qualidade, muitas vezes com economia para o erário, e atingir de maneira mais adequada o interesse público.

Retornando ao Capítulo 2, item 2.2.1, verifica-se que é perfeitamente possível a utilização, pela Administração Pública, dos programas de Qualidade Total, como já ocorre, que constituem ferramenta importante para o alcance da eficiência, sem afrontar o princípio da legalidade, linha mestra para a prática de seus atos.

O último princípio a ser tratado é o da segurança jurídica. Ressalvado o caso de anulação de ato praticado, por ilegalidade, a Administração Pública não pode, por

³¹ Idem, p. 79.

³² Ibidem, p. 84.

mudança de interpretação de norma legal, atingir direitos adquiridos quando vigia entendimento anterior.

Ainda, acerca do princípio da legalidade, Odete Medauar³³ comenta, *in verbis*:

“O sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal. Este deve ser combinado com o primeiro significado, com o sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento. A Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento.”

E no tocante ao princípio da eficiência, concluiu a referida autora:

“Agora a eficiência é o princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.

O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade.”³⁴

Resta claro que a Administração Pública não pode praticar quaisquer atos sem que haja previsão legal, podendo tal entendimento ser estendido quanto à sua responsabilidade, conforme será analisado oportunamente.

A celebração de contratos e parcerias com a Administração Pública pode ser feita somente se respeitados os parâmetros legais estabelecidos; uma vez que,

³³ Odete Medauar, **Direito Administrativo Moderno**, 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 123.

conforme já mencionado, a mesma está submetida ao princípio da legalidade estrita. Veremos, a seguir, as formas mais comuns de contratação e parcerias com a Administração Pública.

3.4 Contratos e parcerias na Administração Pública

Antes de adentrarmos na questão da terceirização propriamente dita, trataremos de maneira breve das formas de contratação e parcerias utilizadas com frequência pela Administração Pública, que podem trazer reflexos ao presente estudo.

A Administração Pública, visando o melhor desempenho de suas atribuições, faz parcerias com a iniciativa privada, amparada na lei, em especial Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações, e Lei nº 8.987/95 – concessão e permissão da prestação de serviços públicos, além da Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns. Os contratos celebrados, via de regra, têm por objeto obra, serviços, compras, concessões, permissões, alienações e locações.

Contrato de obras “é aquele cujo objeto é a construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação referentes à imóvel público ou destinado a fins públicos (art.

³⁴ Idem, pp. 127-128.

6º, I). Em geral, diz respeito a prédios para repartições ou serviços públicos, ruas, praças, avenidas, estradas, viadutos, túneis, metrô, aeroportos, açudes, etc.”³⁵

Segundo Odete Medauar³⁶, ainda no tocante ao contrato de obra, esta pode se dar através da empreitada por preço global, se o contrato for por preço certo e total; empreitada por preço unitário, se o preço for fixado por unidades, como metros; por tarefa, no caso de mão-de-obra para pequenas obras, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais, e empreitada integral, quando o empreendimento é contratado por completo, e fica sob a responsabilidade da empresa contratada.

O contrato de serviços constitui “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 técnico-profissionais.”(art. 6º, II, Lei de Licitações).

Conforme comenta a autora, existe distinção doutrinária para os serviços comuns, constituindo aqueles que não requerem habilitação específica, como por exemplo, as atividades de limpeza; os técnico-profissionais, que exigem habilitação específica, como no caso de manutenção de elevadores; os técnico-profissionais

³⁵ Odete Medauar, **Direito Administrativo Moderno**, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 209.

³⁶ Ibidem, pp.209-213.

especializados, que são executados por profissionais habilitados e de notória especialização.³⁷

O contrato de compra constitui “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.” (art. 6º, III, Lei de Licitações).

O contrato de concessão é utilizado em quatro modalidades. Na concessão de serviços públicos o poder público “transfere a execução de um serviço público a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas, mediante concorrência, para realizá-lo por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelo usuário.”

O contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública “consiste na construção, conservação, reforma, melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder público, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, para realizá-la por sua conta e risco, remunerando-se o investimento pela exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (art. 2º, III, da Lei 8.987/95).”

A concessão de uso de bem público diz respeito à utilização privativa por particular, de bem público, como por exemplo no caso das cantinas, em escolas.

³⁷ Ibidem, p. 210.

Finalmente, a concessão de direito real de uso “é o contrato pelo qual a Administração consente que o particular use privativamente terreno público, como direito real, para os fins de urbanização, edificação, industrialização, cultivo ou qualquer outro uso de interesse social, conforme prevê o Dec-lei 271/67, que instituiu esse tipo de concessão.”

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸ trata-se a concessão de serviço público de “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.”

No tocante à permissão de serviço público, a autora³⁹ a define como “ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público de terceiros.” Neste caso, a Administração outorga a prestação de serviço por ato formal, mas com a precariedade que lhe é inerente.

A autorização, que também é forma de delegação de serviços públicos, consiste no “ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular

³⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Parcerias na Administração Pública**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 75.

³⁹ Op. cit., pp. 131-136.

o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.” Fazendo uso do poder de polícia, a Administração permite ao particular o exercício de determinada atividade.

Ainda, configura-se a autorização quando a Administração permite ao particular o uso privativo de bem público, bem como quando delega a exploração de serviço público, a título precário.

Mencione-se, mais uma vez, a empreitada celebrada pela Administração, que transfere ao particular a execução de obra ou serviço, ficando o mesmo responsável por sua conta e risco, sendo a remuneração fixada previamente.⁴⁰

3.5 A Terceirização no âmbito da Administração Pública

Vimos que a Administração Pública deu início ao processo de terceirização, através do Decreto-lei nº 200/67.

Conforme Godinho Delgado, “foram expedidos dois diplomas que estimulavam a prática de *descentralização administrativa*, através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas componentes do segmento privado da economia. Tais textos normativos consistem no art. 10 do Dec.-Lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70. De certo modo, era uma indução legal à terceirização e

⁴⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 279.

atividades meramente executivas, *operacionais*, no âmbito da Administração Pública.”⁴¹

(grifado no original)

A ideia foi incentivar a terceirização de atividades que não correspondessem aos objetivos diretos da Administração Pública; ou seja, que constituíssem atividades-meio, tais como transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, dentre outras, nos termos do artigo 3º, parágrafo único, da Lei n. 5.645/70.

“Como mentor da terceirização brasileira, o Poder Público estabeleceu como alvo o aprimoramento das estratégias de administração, descentralizando ao máximo as atividades sob a sua direção.”⁴²

A contratação de serviços pela Administração Pública é feita com base na Lei de Licitações, verificando-se a idoneidade e solvabilidade da empresa contratada para a delegação da atividade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua licitação, *in verbis*:

“Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1975:92), pode-se definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem

⁴¹ **Curso de Direito do Trabalho**, op.cit., p. 431.

⁴² Desireé de Araujo Pimentel, **O Enunciado nº 331, IV, do TST e o regime próprio da Administração Pública**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 315, 18 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5187>>. Acesso em: 16 ago.2009.

propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.”⁴³

E no tocante à responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, assim determina o art. 71 da Lei de Licitações *in verbis*:

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

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

§ 2º - A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do Art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

Por este dispositivo legal, plenamente em vigor, a Administração Pública não responde pelos encargos trabalhistas, comerciais e fiscais do contratado, sendo responsável solidária exclusivamente no tocante aos encargos previdenciários.

Entretanto, esta não é a realidade, pois através de entendimento jurisprudencial consagrou-se a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas de empregados das empresas contratadas, que foi consolidada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que será melhor analisada no próximo capítulo.

⁴³ José Roberto Dromi, **La Licitación Pública**, Buenos Aires : Astrea, 1975, *apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2001, p. 291.

Significa dizer que se a empresa contratada, que é a real empregadora, não pagar débitos trabalhistas pleiteados em ação judicial que tem em seu pólo passivo a prestadora e a tomadora dos serviços, a última ficará responsável pelos mesmos, em caso de inadimplência da primeira. Presume-se que a tomadora de serviços agiu com culpa *in eligendo*, por fazer uma má escolha no tocante à empresa contratada. Ainda, considera-se que agiu com culpa *in vigilando*, por não fiscalizar corretamente a empresa contratada, no caso, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas de seus empregados.

Entretanto, a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, sendo questionável tal posicionamento, pois a menos que haja fraude no procedimento, a contratação de empresas dar-se-á nos termos da lei, e a obrigatoriedade de fiscalização diz respeito à execução do contrato, nos termos do artigo 67 da Lei nº 8.666/93, não abrangendo as obrigações das empresas contratadas com terceiros.

4 . A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

4.1 Introdução

A Justiça do Trabalho, tradicionalmente, entende por proteger o empregado, atribuindo-lhe uma condição de fragilidade e hipossuficiência em relação ao empregador, considerando os direitos do mesmo, que muitas vezes são de fato violados, como privilegiadíssimos, atrelando-os à sobrevivência e dignidade da pessoa humana.

Nesta esteira, em 21 de dezembro de 1993 foi publicada a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

“Contrato de prestação de serviços – Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 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), 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)”

4.2 Origem e interpretação

Com a edição da Súmula 331 do TST houve o cancelamento do Enunciado nº 256 do mesmo Tribunal, que dispunha:

“Súmula Nº 256 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada)

- Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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.”

A terceirização era tratada como hipótese de exceção, decorrendo vínculo direto com o tomador de serviços, em caso de ilegalidade.

A situação foi mantida na Súmula 331 do TST, ao considerar-se o inciso I; entretanto, no inciso II, o vínculo de emprego com a Administração Pública foi afastado, como não poderia deixar de ser, uma vez que o ingresso em seus quadros está condicionado à aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

O inciso III da referida Súmula abre as possibilidades de terceirização, ao afastar o vínculo de emprego na contratação de serviços de vigilância, conservação, limpeza ou serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, exceto se houver pessoalidade ou subordinação direta.

Assim, é preciso prova da pessoalidade ou subordinação direta para resultar no vínculo de emprego, considerado neste caso porque presentes elementos do artigo 3º da CLT.

A polêmica maior está concentrada no inciso IV da Súmula em estudo, quando consagra a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, incluindo-se aí a Administração Pública direta, autárquica, fundacional, empresas públicas e sociedades de economia mista, pelas obrigações trabalhistas dos empregados das empresas contratadas.

Este inciso tem sua redação por força da Resolução 96/2000, publicada no DJ de 18, 19 e 20.09.2000. A redação original (revisão da Súmula nº 256) deu-se através da Resolução 23/1993, publicada no DJ de 21, 28.12.1993 e 04.01.1994.

A fundamentação legal para a edição do verbete foi o Decreto-lei nº 200/67, art. 10, § 7º, Lei nº 5.645/70, art. 3º, parágrafo único; Leis nºs 6.019/74 e 7.102/83 e artigo 37, inciso II da Constituição Federal de 1988.⁴⁴

Os precedentes jurisprudenciais utilizados foram: RR 24.086/91.7, Ac. 2ª T. 806/92, Rel. Min. Vantuil Addala, DJ 8-5-92; RR 41.974/91, Ac. 4ª T. 1.420/93, Rel. Min. Marcelo Pimentel, DJ 18-6-93; RR 35.607/91, Ac. 5ª T. 1.275/93, Rel. Min. José Ajuricaba, DJ 25.6.93, além das decisões abaixo transcritas.

⁴⁴ Sérgio Pinto Martins, **A Terceirização e o Direito do Trabalho**, op. cit., p. 124-126.

“Contrato de prestação de serviços – legalidade.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos na Lei nº 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 2-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresas interpostas, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços” (Enunciado 256/TST)” (Ac. SDI nº 2.333/993, Proc. E-RR 0211/90.6, j. 10-8-93, Rel. Min. Cnéa Moreira, DJ 3-9-93).

“Locação de mão-de-obra – Enunciado 256/TST. A Sociedade de Economia Mista, no caso a Companhia Energética do Ceará, pode, amparada pelo art. 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200/67, realizar contratos de locação de serviços. O Enunciado 256 veio para evitar a ocorrência de fraudes e não para impedir contratos legais. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido para excluir da condenação o reconhecimento do vínculo empregatício, mantendo-se a solidariedade” (Ac. 1ª T. 3.308/92, Proc. RR 44.058/92.6, j. 28-10-92, Rel. Min. Afonso Celso, DJ 4-12-92).

“Não se há que falar na aplicação do Enunciado 256, do TST, especialmente pela ausência de fraude, já que tanto a contratação do obreiro quanto a celebração do convênio estão dentro dos parâmetros legais. Revista conhecida e provida, para julgar improcedente o pedido” (Ac. 1ª T. 2.340/93, Proc. RR 62.835/92.0, j.19-8-93, Rel. Min. Ursulino Santos, DJ 1-10-93).

“A contratação de mão-de-obra, mediante empresa interposta, em se tratando de órgão Público, está autorizada pelo Decreto-lei nº 200/67 e pela Lei nº 5.645/70. Ademais, nos termos do parecer do ilustre representante do Ministério Público, Dr. Ives Gandra da Silva Martins Filho, no caso dos autos, além do serviço locado ser de vigilância – hipótese prevista na própria Súmula 256 do TST como legal por força da Lei nº 7.102/63 -, a Lei nº 5.645/70 chega a recomendar que os serviços de custódia, conservação e assemelhados sejam contratados por via indireta no âmbito da administração pública indireta, autárquica e fundacional. Dessa forma, o INAMPS é parte ilegítima, não cabendo a solidariedade imposta” (RR 45.956/92 A, Ac. 3ª T. 5.251/92, Rel. Min. Roberto Della Manna, DJ 6-8-93).

“A Lei nº 5.645/70, na esteira do estabelecido pelo DL 200/67 (art. 10, § 7º), facultou à Administração Pública a contratação de serviços de empresa do ramo de limpeza, entre outros, afastando, assim, a possibilidade de aplicação do Enunciado nº 256/TST para o fim de declarar-se a existência de relação de emprego entre o prestador de serviços e a tomadora (no caso, a União Federal)” (TST, RR 41.486/91.2, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, Ac. 3ª T. 46/92, DJ 26-3-93).

“Tratando-se de empresa de serviços de limpeza e conservação que mantém contrato com Entidade de Serviço Público, não há que se falar em atividade fraudulenta, ante o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/70. Logo, incabível a responsabilidade solidária para pagamento das parcelas a que foi condenada a empresa prestadora de serviços” (RR 42.286/91.9, Ac. 4ª T. 2.936/92, Rel. Min. Leonardo Silva, DJ 12-2-93).

“O art. 1º da Lei nº 5.645/70 combinado com o § 7º do art. 10 do Decreto-lei nº 200/67, autorizam a Administração Pública a efetuar contrato de prestação de serviço, nos casos em que especificam. Não se aplica, portanto, o Enunciado 256

do TST, naquelas hipóteses especificadas” (RR 43.279192.2, Ac. 2ª T. 631/93, Rel. Min. João Tezza, DJ 18-6-93).

As decisões deixam patente que a intenção foi evitar a fraude, e não a celebração de contratos de prestação de serviços com a Administração Pública; aliás, conforme já mencionado, enfatize-se que existe recomendação legal – Lei n. 5.645/70 – para contratação indireta de serviços de custódia, conservação e assemelhados.

Cite-se ainda a particularidade da atividade de vigilância, que é regulamentada por lei própria – Lei nº 7.102/83 --, e exige pessoal de nível especializado.

4.3 O item IV da Súmula 331 do TST

O item IV da Súmula 331 do TST, cuja redação foi aprovada pela Resolução nº 96/2000, publicada no Diário Oficial da Justiça, Seção I, de 18 de setembro de 2000, traz a discussão maior acerca da responsabilidade da Administração Pública por verbas trabalhistas de empregados de empresas contratadas.

A origem do entendimento veio do julgamento unânime do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96 pelo Tribunal Pleno, publicado no DJ de 20/10/2000 cujo Acórdão segue abaixo, na íntegra, considerando sua importância ao presente estudo:

“PROCESSO: IUJ-RR NÚMERO: 297751 ANO: 1996
PUBLICAÇÃO: DJ - 20/10/2000

A C Ó R D ã O

Tribunal Pleno

MF/NAM/iv/AL

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93.

Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Recurso de Revista nº TST-IUJ-RR-297.751/96.2, em que é recorrente BANCO DO BRASIL S/A e recorrida MARIA TEREZA LEITE DA SILVA. Na qualidade de Relator do feito, suscitei perante a e. Quarta Turma, nos autos do processo supra, incidente de uniformização jurisprudencial, com fulcro no disposto no artigo 476 do CPC e no artigo 235 do RITST, tendo em vista a divergência jurisprudencial acerca da aplicabilidade do artigo 71, caput e § 1º da Lei nº 8.666/93 frente ao disposto no inciso IV do Enunciado 331 do TST, bem como que a decisão da Turma se orientava no sentido de afastar a incidência do referido verbete sumular à hipótese dos autos, envolvendo a administração pública indireta, consoante certificado à fl. 200. Os autos foram encaminhados à Comissão de Jurisprudência, a qual, através do parecer de fls. 203/204, da lavra dos eminentes Ministros José Luiz Vasconcellos, Francisco Fausto e Vantuil Abdala, apresentou duas alternativas para a revisão do inciso IV do Enunciado 331 do TST, nos seguintes termos:

1ª Alternativa: "IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial."

2ª Alternativa: "IV - Exceto quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, 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."

A seguir, os autos foram encaminhados à d. Procuradoria Geral do Trabalho, que emitiu parecer no sentido da adoção à segunda alternativa (fls. 219/223).
Relatados.

V O T O

Dispõe o artigo 71 e seu parágrafo primeiro, da Lei nº 8.666/93 que:

"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 estabelecidos neste artigo, 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."

Por força da norma em exame, a irresponsabilidade da Administração Pública, em decorrência de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte daquele com quem contratou a execução de obra ou serviço, assenta-se no fato de sua atuação adequar-se aos limites e padrões da normatividade disciplinadora da relação contratual. Evidenciado, no entanto, que o descumprimento das obrigações, por parte do contratado, decorreu igualmente de seu comportamento omissivo ou irregular em não fiscalizá-lo, em típica culpa in vigilando, inaceitável que não possa pelo menos responder subsidiariamente pelas consequências do contrato administrativo que atinge a esfera jurídica de terceiro, no caso, o empregado. Realmente, admitir-se o contrário, partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame, em detrimento de uma exegese sistemática, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Aliás, outra não é a dicção do art. 173 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que ao dispor, "que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de seus subsidiários que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços", enfatiza em seu inciso III que referidas pessoas deverão observar, em relação à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, os princípios da administração pública. Some-se aos fundamentos

expostos que o art. 195, § 3º também da Constituição Federal é expresso ao preconizar que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber incentivos ou benefícios fiscais", o mesmo ocorrendo com o art. 29, IV da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.883/94, ao dispor que "prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei", providências essas todas evidenciadoras do dever que tem a Administração Pública de se acautelar com aqueles que com ela pretendam contratar, exigindo que tenham comportamento pautado dentro da idoneidade econômico-financeira para suportar os riscos da atividade objeto do contrato administrativo. Registre-se, finalmente, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. Como ensina Hely Lopes Meirelles, em caso de dano resultante de obra, que, guardada a peculiaridade, mas perfeitamente aplicável à hipótese em exame, porque evidencia a natureza da responsabilidade sem culpa da Administração, "o só fato da obra causar danos aos particulares, por estes danos responde objetivamente a Administração que ordenou os serviços, mas, se tais danos resultam não da obra em si mesma, porém da má execução dos trabalhos pelo empreiteiro, a responsabilidade é originariamente do executor da obra, que, como particular, há de indenizar os lesados pela imperfeição de sua atividade profissional e, subsidiariamente, da Administração, como dona da obra que escolheu mal o empreiteiro" (Direito Administrativo - 16ª Edição RT. pág. 553 - 1991). Nesse contexto, nos termos da fundamentação acima, concluo pela adoção da primeira alternativa, que preconiza, in verbis:

"IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial."

ISTO POSTO ACORDAM os Ministros do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, I- por unanimidade, preliminarmente, reconhecer configurado o dissenso jurisprudencial, nos termos do § 10 do art. 196 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho; II - por unanimidade, alterar o item IV do Enunciado nº 331 de Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que passará a vigorar com a seguinte redação:

‘IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a Órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)’. III - determinar o retorno dos autos ao Colegiado de origem para prosseguir no julgamento, aplicando a tese adotada pelo egrégio Tribunal Pleno, após a publicação do acórdão referente a esta

decisão.” (Brasília, 11/09/2000, Presidente Almir Pazzianotto Pinto, Relator Milton de Moura França)

A decisão deixa clara a preocupação de afastar a incompatibilidade entre o item IV da Súmula 331 do TST e o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

O entendimento jurisprudencial diz respeito à responsabilidade subsidiária trabalhista, considerando que “o terceirizante tem culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, por ter escolhido mal seu parceiro, que é inidôneo, ou por não fiscalizá-lo quanto ao recolhimento das verbas trabalhistas de seus empregados.”⁴⁵

Lembre-se que a responsabilidade solidária não está em discussão, porque decorrente de lei, ou da vontade das partes.

Pois bem. Partindo-se do entendimento da decisão em tela, no sentido do art. 71 da Lei de Licitações ser aplicado somente quando o contratado agir dentro das regras e procedimentos legais, tudo indica que a intenção foi responsabilizar de forma objetiva a Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos empregados destas empresas; uma vez que, se agissem nestes termos, não haveriam verbas a serem assumidas pela Administração Pública, porque todas as suas obrigações legais seriam cumpridas.

Verifica-se, ainda, uma dedução de comportamento omissivo ou irregular da Administração, a denominada culpa *in vigilando* (ausência de fiscalização), cuja

consequência é a responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas dos empregados das empresas contratadas.

A decisão também utilizou-se da hipótese do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, ao enquadrar a questão na responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade risco administrativo, resultando daí o dever de indenizar, inclusive se o dano tiver origem em terceiro contratante.

Considerou, ainda, a culpa *in eligendo*, na medida em que menciona a cautela necessária à Administração Pública por ocasião da contratação, que deverá exigir das empresas interessadas idoneidade econômico-financeira .

Mais uma vez, indaga-se a medida desta culpa, uma vez que a Administração Pública tem que seguir os estritos termos legais da modalidade de licitação correspondente a cada certame.

Maurício Godinho Delgado⁴⁵ teceu o seguinte comentário acerca da Súmula 331 do TST:

“A Súmula 331, como se percebe, deu resposta a algumas das críticas que se faziam ao texto da Súmula 256. Assim, incorporou as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 (conservação e limpeza e atividades-meio). Ao lado disso, acolheu a vedação constitucional de contratação de servidores (em sentido amplo) sem a formalidade do concurso público)”.

⁴⁵ Sérgio Pinto Martins, **A Terceirização e o Direito do Trabalho**, op. cit., p. 60.

⁴⁶ **Curso de Direito do Trabalho**, 5ª ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 438

Afirma ainda o autor⁴⁷ que a Lei de Licitações, aparentemente, pretendeu excluir as empresas estatais da responsabilidade prevista no inciso IV da Súmula 331 do TST, através do § 1º do artigo 71; entretanto, afasta esta possibilidade, pois considera que a vedação da referida súmula diz respeito, tão-somente, à impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego sem a realização de concurso público.

Entende pela responsabilidade subjetiva da entidade estatal terceirizante, uma vez que a Constituição aprofundou a responsabilidade dos entes estatais.

Conclui Godinho Delgado, *in verbis*:

“Ora, a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete culpa *in eligendo* (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão de culpa, incide, no caso, outra dimensão, no mínimo a culpa *in vigilando* (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, o ente do Estado, a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização (inciso IV da Súmula 331, TST).”⁴⁸

O entendimento consagrado na Súmula 331 do TST foi pela responsabilidade da Administração Pública por verbas trabalhistas de empregados de empresas contratadas, afastando a hipótese de vínculo empregatício.

Apesar do Tribunal Superior do Trabalho consolidar este entendimento, a questão está longe de ser pacificada, porque através do mesmo estar-se-ia afastando a incidência do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que veda a responsabilidade pelos

⁴⁷ Idem, pp. 458-459.

encargos trabalhistas de empregados de empresas contratadas à Administração Pública. Este aparente conflito entre a Lei de Licitações e a Súmula 331 do TST será objeto de estudo no próximo capítulo.

⁴⁸ Ibidem, p. 449.

5. ARTIGO 71 DA LEI DE LICITAÇÕES x SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – RESPONSABILIDADE TRABALHISTA

Chegamos ao ponto principal do presente estudo.

Para a Administração Pública a responsabilidade subsidiária só seria aplicável na hipótese de terceirização ilegal, visando o fornecimento de mão-de-obra.

O entendimento da Justiça do Trabalho, por seu turno, presume a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, o risco empresarial objetivo da terceirização, consagrando a responsabilidade subsidiária da Administração.

A indagação reside no fato da Administração, mesmo atendendo a todos os requisitos estabelecidos em lei ao licitar, não poder prever que uma empresa regularmente contratada será inadimplente nas verbas trabalhistas de seus empregados.

De igual modo, no tocante à fiscalização do contrato, os parâmetros são os estabelecidos na Lei de Licitações, restando controversa a dedução automática pela ocorrência da culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Este é o pensamento de Desireé de Araújo Pimentel⁴⁹, *in verbis*:

⁴⁹ Op. cit; p. 5

“Não tendo sido constatada qualquer ilegalidade no procedimento licitatório, não há como se imputar a falta de precaução da Administração Pública quanto ao contratado, uma vez que este apresentou provas suficientemente reconhecidas por lei relativas à sua idoneidade enquanto empregador. Havendo descumprimento posterior deste quanto a suas obrigações trabalhistas, tratar-se-á de fato superveniente fora do alcance de cautela da Administração.”

Considerando-se o entendimento majoritário dos Tribunais, para afastar a culpa *in vigilando* não basta à Administração fiscalizar a execução do contrato, nos termos do art. 67, § 1º, da Lei n. 8.666/93. De igual modo, torna-se insuficiente o atendimento a todas as exigências legais relativas à contratação; o que, em tese, afastaria a denominada *culpa in eligendo*. Além do acompanhamento da prestação dos serviços, a Administração Pública deve também fiscalizar as relações jurídicas paralelas, neste caso os contratos de trabalho dos empregados das empresas contratadas.

E como fica o princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que for permitido em lei?

Pedro Lenza⁵⁰, comentando o art. 5º, II, da Constituição Federal, que trata do princípio da legalidade, assim entende:

“O inciso II do art. 5º estabelece que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Mencionado princípio deve ser lido de forma diferente para o **particular** e para a **administração**. Vejamos:
No âmbito das **relações particulares**, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da **autonomia da vontade**.

⁵⁰ Pedro Lenza, **Direito Constitucional Esquematizado**, 10 ed., São Paulo: Método, 2006, p. 536.

Já em relação à **administração**, ela só pode fazer o que a lei permitir. Deve andar nos ‘trilhos da lei’, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*. “ (grifos no original)

Se a empresa foi contratada mediante regular procedimento licitatório, sendo responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, e existe determinação legal expressa isentando o ente público da responsabilidade pelas verbas trabalhistas de empregados de empresas contratadas (art. 71, Lei de Licitações), indaga-se acerca da validade de súmula de jurisprudência para criar tais obrigações.

5.1 A fiscalização da relação de trabalho dos empregados das empresas contratadas

Analisando-se especificamente a questão da fiscalização, “de acordo com o art. 21, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988, compete à União a organização, a manutenção e a execução da inspeção do trabalho.”⁵¹

Referida atividade é exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos termos do art. 626 da CLT, e art. 27, inciso XXI, alínea “c”, da Lei nº 10.683/2003, *in verbis*:

Art. 626, CLT – “Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.”

⁵¹ Gustavo Filipe Barbosa Garcia, **Curso de Direito do Trabalho**, São Paulo: Método, 2007, p. 730.

Art. 27, Lei nº 10.683/2003. “Os assuntos que constituem áreas de competência de cada Ministério são os seguintes:

(...)

XXI - Ministério do Trabalho e Emprego:

- a) política e diretrizes para a geração de emprego e renda e de apoio ao trabalhador;
- b) política e diretrizes para a modernização das relações de trabalho;
- c) fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário, bem como aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas;”

Entende Sérgio Pinto Martins⁵² que o fiscal do trabalho “não tem apenas a função de aplicador de multas ou de fiel cumpridor de leis, mas também a de orientador, visando mostrar às empresas como a lei deve ser aplicada, principalmente em se tratando de legislação recente.”

Neste prisma verifica-se que, até o momento, não existe previsão legal quanto à obrigatoriedade da Administração Pública em proceder à fiscalização de todas as questões que envolvem a relação de trabalho dos empregados de empresas contratadas, como se servidores da mesma o fossem.

Diversamente do setor privado, a Administração Pública percorre longo caminho para a contratação de empresas prestadoras de serviços, nos termos da lei, e já acompanha as condições de trabalho dos empregados envolvidos, que prestam serviços dentro de seus Órgãos. A obrigatoriedade da fiscalização da relação de trabalho propriamente dita dos empregados terceirizados, com todas as suas nuances,

⁵² A Terceirização e o Direito do Trabalho, op. cit., p. 165.

certamente resultará na necessidade de criação de estrutura específica para tanto, com a devida previsão orçamentária.

Observe-se que, no caso de reclamações trabalhistas frequentemente ajuizadas em face da empregadora e tomadora dos serviços, é comum a dificuldade da segunda na reunião dos elementos fáticos à elaboração da contestação, considerando que todos os documentos pertencem à real empregadora – as empresas prestadoras de serviço.

Zangrando⁵³ menciona a Instrução Normativa TEM/GM n. 3/97, que dispõe acerca da fiscalização do trabalho em empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário, e determina ao tomador de serviços manter cópia dos seguintes documentos, nos termos do art. 5º, *in verbis*:

“Art. 5º Cabe à Fiscalização do Trabalho, quando da inspeção na empresa de prestação de serviços a terceiros ou na contratante, observar as disposições contidas nesta Instrução Normativa, especialmente no que se refere a:

- a) registro de empregado - deve permanecer no local da prestação de serviços, para exame do contrato do trabalho e identificação do cargo para qual o trabalhador foi contratado, salvo quando o empregado tiver cartão de identificação, tipo crachá, contendo nome completo, função, data de emissão e número do PIS/PASEP, hipótese em que a Fiscalização fará a verificação do registro na sede da empresa prestadora de serviços, caso essa sede se localize no município onde está sendo realizada a ação fiscal;
- b) horário de trabalho - o controle de jornada de trabalho deve ser feito no local da prestação de serviços. Tratando-se de trabalhador externo (papeleta), esse controle deve permanecer na sede da empresa prestadora de serviços a terceiros;”

⁵³ Carlos Henrique da Silva Zangrando, **Curso de Direito do Trabalho – Tomo II.**, op. cit., p. 1029

A Instrução Normativa deixa claro quais documentos devem ser mantidos no local da prestação dos serviços, que a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus empregados (art. 2º, §5º), bem como que “o contrato celebrado entre a empresa prestadora de serviços de terceiros e pessoa jurídica de direito público, é tipicamente administrativo, com direitos civis, na conformidade do § 7º, art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67, e da Lei nº 8.666/93.” (art. 4º).

Mencione-se, ainda, a Instrução Normativa nº 2/2008 publicada pelo Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão, cujo objeto é disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG – Administração Federal direta, autárquica e fundacional.

Destacamos da Instrução os dispositivos abaixo, *in verbis*:

“Art. 6º - Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

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

Art. 7º - As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.”

A Instrução Normativa deixa claro que a terceirização é prática incontestável na Administração, no tocante às denominadas atividades de apoio.

Quanto à fiscalização do contrato, o art. 31 determina:

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

Parágrafo único. Além das disposições previstas neste capítulo, a fiscalização contratual dos serviços continuados deverá seguir o disposto no anexo IV desta IN.

O art. 6º do Decreto nº 2.271/97, dispõe:

“Art. 6º A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato.”

O Decreto 2.271/97 caminha na mesma trilha da Lei de Licitações; entretanto, a Instrução Normativa nº 2/2008 inova ao trazer à Administração Pública uma série de responsabilidades não previstas em lei, até o momento, estabelecendo regras para a fiscalização diária, mensal e especial da relação de trabalho dos empregados das empresas contratadas.

Observe-se que as instruções normativas são expedidas no âmbito de secretaria de ministério, sendo hierarquicamente inferiores à Constituição Federal, às

leis complementares e ordinárias, aos decretos presidenciais, portarias interministeriais e ministeriais, tendo por finalidade a interpretação de lei.⁵⁴

Ainda, o art. 34 da referida Instrução Normativa, em seu parágrafo §5º, estabelece no tocante à fiscalização das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com trabalhadores regidos pela CLT em dedicação exclusiva, a exigência da comprovação de recolhimento da contribuição previdenciária estabelecida para o empregador e de seus empregados, conforme dispõe o artigo 195, § 3º da Constituição federal, sob pena de rescisão contratual; recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior; pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior; fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível; pagamento do 13º—salário; concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei; realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso; eventuais cursos de treinamento e reciclagem; dentre outros.

Notícia divulgada no dia 05/05/2008, no portal eletrônico Governo Eletrônico⁵⁵, comentou que a IN nº 2/2008, que regulamenta no âmbito do Governo Federal a prestação de serviços terceirizados, com exceção dos serviços de Tecnologia da Informação, objeto de norma específica, nas palavras do secretário de Logística e

⁵⁴ Simone Tais Baguinski, **Instrução Normativa e afronta ao Sistema Jurídico**. Disponível em: < http://www.zulmarneves.adv.br/visualiza_artigo.php?id=51>. Acesso em 08 nov. 2009.

⁵⁵Disponível em: <<https://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/governo-estabelece-novas-regras-para-a-contratacao-de-servicos/?searchterm=normativa>> Acesso em 07 nov. 2009.

Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento Rogério Santanna, que a assina, tem por objetivo, *in verbis*:

“O objetivo é qualificar o processo de contratação desses serviços que, segundo Santanna, careciam de normas mais completas, detalhadas e atualizadas de acordo com as recentes decisões dos órgãos de controle sobre o assunto. Ele informou que a intenção primeiramente é oferecer ao gestor público um roteiro mais claro de como fazer um bom contrato e as vedações de terceirização para evitar ações trabalhistas e problemas com o Tribunal de Contas da União.”

A IN nº 2/2008 regulamenta o Decreto nº 2271/1997, e aplica-se tão-somente à Administração Pública Federal Direta.

Ainda, acerca da referida Instrução, o portal eletrônico Agência Brasil⁵⁶ divulgou, em 16/10/2009, notícia intitulada “Terceirizados terão FGTS e salário garantidos se contratador tiver problemas para pagar”.

Diz a matéria que o “Ministério do Planejamento adotou medida para garantir ao trabalhador terceirizado [*aquele que presta serviço sem vínculo empregatício direto*] o pagamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e de salário quando as empresas pelas quais foram contratados para servir à União alegarem dificuldades financeiras ou simplesmente fecharem as portas.”

Prossegue o artigo:

“O governo federal quer, com isso, evitar calote aos trabalhadores e à própria administração pública que tem, muitas vezes, que arcar na Justiça com passivos

⁵⁶ Por Daniel Lima. Disponível em: < <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/10/15/materia.2009-10-15.0557068964/view> >. Acesso em 07 nov.2009.

trabalhistas, pois a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) impõe responsabilidade subsidiária de quem contratou o serviço terceirizado.

A decisão anunciada hoje (15) é uma alteração na Instrução Normativa 2, de 2008, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, e traz orientações detalhadas de como devem ser a construção e a operacionalização de todo o processo de contratação.

Segundo o ex-deputado Chico Vigilante, diretor do Sindicato dos Vigilantes do Distrito Federal e da Confederação Nacional dos Vigilantes, a medida é uma vitória dos trabalhadores terceirizados depois de 20 anos. “Nós temos terceirizados de todas as categorias, mas as empresas desaparecem, em um processo de falência fraudulenta, sem pagar os direitos trabalhistas dessas pessoas”, disse.”

De acordo com o ex-deputado, o governo federal, na qualidade de tomador de serviços, poderá intervir diretamente na garantia dos direitos dos trabalhadores através do FGTS, que será depositado em conta vinculada.

Diz ainda a notícia, que o atraso no pagamento do trabalhador permitirá o bloqueio do valor na fatura e pagamento direto do salário, sem necessidade de intervenção judicial. A ideia, segundo Chico Vigilante, é trabalhar por lei específica, de âmbito nacional, considerando a gravidade do problema.

O Ministro do Planejamento Paulo Bernardo comentou, em relação às empresas contratadas que não honram os compromissos com os empregados, que “o contribuinte acaba tendo que arcar duas ou mais vezes com os prejuízos devido aos danos no erário que são provocados por elas, que simplesmente desaparecem.”

Prossegue o Ministro dizendo que “tais empresas, mesmo sem ter a menor condição e estrutura, muitas vezes ganham a licitação e depois não conseguem cumprir o contrato, deixando ‘a ver navios’ tanto a administração pública quanto os trabalhadores terceirizados.” Considera a terceirização um monstro que domina as relações de trabalho, e precisa ser domado.

Percebe-se claramente que a própria Administração Pública, que considera a terceirização, desde o Decreto-lei nº 200/67, ferramenta adequada para o melhor atendimento ao interesse público, mais do que ninguém, almeja solução para esta situação, pois a cada dia vê o erário fortemente comprometido no pagamento de dívidas trabalhistas deixadas por empresas que contratou.

5.2 Das decisões judiciais

As decisões proferidas pela Justiça do Trabalho em âmbito regional, na sua maioria, entendem por responsabilizar o tomador de serviços pelas verbas trabalhistas dos empregados das empresas contratadas, baseando-se para tanto na culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* da Administração Pública, acompanhando a posição sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Veja-se a decisão abaixo, *in verbis*:

“TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (SÚMULA nº 331, IV, DO COLENO TST). A circunstância de ter sido o processo licitatório realizado em consonância com os ditames da Lei nº 8.666/93, é condição legalmente estabelecida para a contratação de serviços pelo ente público, não se revelando, todavia, como excludente da responsabilidade subsidiária do ente estatal, na medida em que ao contratar as empresas prestadoras de serviços deve-se ater, em princípio, à idoneidade e capacidade financeira da contratada para evitar prejuízos futuros, bem assim proceder, mês a mês, de maneira rigorosa a fiscalização dos encargos fiscais e trabalhistas. Assim, a responsabilidade subsidiária decorre da culpa in vigilando e in eligendo e só alcançará o ente público caso a empresa interposta não tenha bens ou ativos financeiros capazes de solver a dívida trabalhista. Recurso patronal a que se nega provimento, no particular. (TRT23. RO - 00778.2007.002.23.00-0. Publicado em: 27/05/08. 1ª Turma. Relator: JUÍZA CONVOCADA ROSANA CALDAS)”

Há decisões monocráticas que entendem pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, considerando que se assim não o fosse, estar-se-ia admitindo que o ente público se locuplete da força de trabalho, bem como que não se pode arguir a inconstitucionalidade de súmula, pois a hipótese só diz respeito a lei⁵⁷.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região proferiu decisão entendendo que *“a adoção da exceção efetuada pela Lei de Licitações desrespeitaria a regra da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, inculpada há tempos na história das Constituições brasileiras.”*⁵⁸

Nesta trilha caminha a jurisprudência majoritária dos tribunais. Prestador e tomador de serviços respondem por verbas trabalhistas dos empregados do primeiro, cabendo ao segundo o ajuizamento de ação regressiva, se arcar com o pagamento de tais dívidas; entretanto, a questão não é pacífica.

⁵⁷ Proc. nº 02042200808402003, 84ª VT/SP, Juíza Kátia Bizzetto, pub. D.O. 29/06/09.

⁵⁸ T.R.T. 01663200505802000 RO 58ª VT de São Paulo, Edital nº 4888/2007, Turma 2, AC. 20070948318, Rel. Rosa Maria Zuccaro, pub. DO 13/11/07.

Há entendimentos afastando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública que atendeu aos preceitos da Lei 8.666/93, uma vez que o contrato é obrigatoriamente celebrado com o vencedor do certame, e os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e legalidade.

Considera-se também que o artigo 455 da CLT, que trata dos contratos de subempreitada, foi inserido para evitar que empreiteiros contratassem subempreiteiros “laranja”, que normalmente não possuíam patrimônio, com a intenção de fraudar direitos trabalhistas, não se aplicando à hipótese em estudo.

Transcrevemos a título exemplificativo, as decisões abaixo, do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, que afastam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

“ RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO REGULAR DO PREPARO. DESERÇÃO. (...). 2 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INOCORRENTE. O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, trata da responsabilidade objetiva do Estado e de suas empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, apenas na hipótese de danos causados ao usuário, o que afasta, estreme de dúvidas, a responsabilidade do Ente Público pelo inadimplemento de direitos trabalhistas dos empregados de empresa de prestação de serviço que com ele mantém contrato. Neste sentido é torrencial a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, a exemplo das decisões proferidas nos Processo RE 131.741-SP, Relator Ministro Marco Aurélio; RE 109.615-2, Relator Ministro Celso de Melo; e RE 135.310, Relator Ministro Maurício Corrêa. “Verifica-se da letra constitucional que o § 6º do art. 37 é dirigido à proteção de terceiros que sejam pacientes de atividade faltosa – ou mesmo de ausência de atividade – da Administração Pública, na execução de serviços públicos de interesse geral. É, como define Yussef Said Cahali, ‘a obrigação

legal, que lhe é imposta (ao Estado), de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.’ Pressuposto fundamental para se falar em responsabilidade civil objetiva é a existência de dano decorrente da execução de serviço público. Não é o caso da hipótese sob comento. Aqui não há falar em serviço público, propriamente dito, a cargo da Administração. Ao contrário, as atividades objeto de terceirização são consideradas como instrumentais, acessórias, possibilitando, tão-só, que o Estado execute os serviços públicos da melhor forma possível, direta ou indiretamente, mediante delegação.” (Ministro Benjamim Zymler). Ademais, “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 o registro de imóveis (artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93)” (TRT nº 00826.2006.006.06.85-0; 1ª Turma; Des. Rel. Valdir José Silva de Carvalho; publ. 05/07/2008).”

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTIDADE PÚBLICA ESTADUAL. SÚMULA 331 DO C. TST. Existe empecilho legal à atribuição da responsabilidade, ainda que subsidiária, aos órgãos da administração direta e indireta, autarquias e fundações públicas, por obrigações trabalhistas inadimplidas pelos contratados, quando assumam a condição de tomadores de serviços, conforme as diretrizes traçadas pela Lei n.º 8.666, de 21/06/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui as regras para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Esta circunstância, por si só, exclui qualquer possibilidade de manutenção da responsabilidade subsidiária atribuída à recorrente, entidade pública estadual. Recurso Ordinário provido (TRT nº 00410.2007.017.06.00-4; 3ª Turma; Des. Rel. Dinah Figueirêdo Bernardo; publ. 01/04/2008).

A primeira decisão supratranscrita revela posicionamento do STF, segundo o qual o § 6º do art. 37 da Constituição Federal é dirigido à proteção de terceiros, por danos causados na execução de serviços públicos, não abrangendo as atividades acessórias, que são objeto de terceirização.

Tomando por base o artigo 8º da CLT, a jurisprudência passou a aplicar o artigo 455 a todas as hipóteses de terceirização de serviços, resultando na Súmula 331

do TST; porém, trata-se de situação distinta, porque se o contrato foi celebrado com a Administração Pública através de regular procedimento licitatório, não há que se falar em fraude.⁵⁹

Zangrando comenta que, na hipótese do art. 455 da CLT, trata-se de situação que não se aplica à terceirização de atividades, sendo inclusive prevista na Orientação Jurisprudencial nº 191 do SBDI-1 do TST a ausência de responsabilidade do dono da obra nos contratos de empreitada com subempreitada.⁶⁰

Em relação ao art. 927 do Código Civil, também utilizado para amparar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, entende o autor que seu *caput* mantém a linha da responsabilidade subjetiva, definindo o parágrafo único as hipóteses que independem de culpa; quais sejam, “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem”. Daí, não existe lei a embasar a responsabilidade objetiva aos contratos de prestação de serviços⁶¹.

Sérgio Pinto Martins⁶², da mesma forma, entende que “empresas de prestação de serviços de limpeza ou de vigilância não são empresas privadas que prestam serviços públicos, mas serviços privados. Logo, o § 6º do art. 37 da Constituição não se aplica a tais empresas.”

⁵⁹ Neste sentido, Processo nº 00113200905302006, 53ª VT/SP, Juíza Ivone de Souza Toniolo do Prado Queiroz, edital de ciência da sentença 212/2009, DOU nº 1761, em 07/10/09.

⁶⁰ Carlos Henrique da Silva Zangrando, **Curso de Direito do Trabalho**, op. cit., p. 1023.

⁶¹ Op.cit., p. 1025.

Por esta linha de raciocínio, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva da Administração Pública em relação aos danos causados a terceiros, em decorrência da prestação dos serviços públicos, podendo ser pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, na qualidade de prestadoras de serviço público, não se aplicando à espécie a reparação pelo inadimplemento de verbas trabalhistas de empregados de empresas prestadoras de serviços de apoio (atividades-meio), contratadas através de procedimento licitatório.

É certo que os Recursos de Revista e Agravos de Instrumento das decisões regionais que reconhecem a responsabilidade subsidiária da Administração Pública têm o seguimento denegado pelo Ministro Relator, por força do § 5º do art. 896 da CLT, uma vez que os acórdãos recorridos estão em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior.

Existem ainda decisões que, com fulcro nos artigos 186, 927 e 942 do Código Civil e art. 8º, parágrafo único, da CLT, atribuem à Administração Pública uma responsabilidade solidária que carece de previsão legal e contratual.

No tocante à concessão de serviços públicos, entende-se pela inaplicabilidade da Súmula 331 do TST, porque quem aproveita do trabalho do empregado é a concessionária, figurando o concedente apenas como órgão regulamentar e fiscalizador dos serviços públicos prestados, fiscalização esta de

⁶² A Terceirização e o Direito do Trabalho, op. cit., p. 148.

natureza administrativa, em sentido estrito. Daí, aplica-se à hipótese o art. 173, inciso II, da Constituição Federal.

Neste sentido, veja-se a decisão abaixo transcrita:

“NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 466/2005-048-02-40
PUBLICAÇÃO: DJ - 09/05/2008
A C Ó R D Ã O
7ª Turma GMCB/amo

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INAPLICABILIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. Esta Corte tem jurisprudência iterativa no sentido de que a empresa executora da política de transportes, embora possa conceder a empresas particulares a exploração do serviço, mediante licitação, ainda assim não responde pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa concessionária, mesmo porque não se beneficia do trabalho dos seus empregados. Inaplicabilidade da Súmula 331, IV.
2. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (7ª Turma TST, Ministro Relator Caputo Bastos).”

No tocante à permissão de serviços públicos, de igual modo, entende-se pela inaplicabilidade da Súmula 331 do TST.

“NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 423/2000-006-17-00 PUBLICAÇÃO: DJ - 11/05/2007 PROC. Nº TST-AIRR-423/2000-006-17-00.3 C: A C Ó R D Ã O 2ª Turma JCJSC/mr AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. SÚMULA Nº 331, ITEM IV, DO C. TST. INAPLICABILIDADE. Consoante se extrai do v. Acórdão Regional, a matéria não é a mesma que determinou a edição da Súmula nº 331/TST. O que pretendem os Reclamantes é demonstrar a possibilidade de culpa in vigilando e in eligendo de ente público que celebrou contrato na modalidade permissão de execução de serviço público, buscando ver a Empresa permissionária condenada subsidiariamente. A Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória - CERTURB-GV é mera gestora dos serviços de transporte aquaviário no Estado do Espírito Santo. Cumpre ressaltar que na permissão a execução do serviço público é feita por quem venceu a concorrência, em benefício de toda a coletividade, ao passo que na terceirização válida, a que se refere a Súmula 331, IV, do C. TST, o ente público é o tomador dos serviços, vale dizer, o beneficiário direto do serviço prestado. Logo, o Apelo não se

viabiliza por meio dos arts. 71 da Lei nº 8.666/93 e 455, da CLT, diante da ausência de obrigação da segunda Reclamada com os Empregados da prestadora de serviços. Assim, a Súmula nº 331, desta Corte não pode ser aplicada à situação em exame, porque esta trata de terceirização, matéria que não foi objeto de análise pelo Eg. Regional. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.” (Ministros da Segunda Turma do TST, v.u., JOSENILDO DOS SANTOS CARVALHO Juiz Convocado Relator)⁶³

Em síntese, a jurisprudência regional, em grande parte, acompanha o entendimento sumulado pelo TST no tocante à responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas de empregados de empresas prestadoras de serviço; entretanto, não existe unanimidade na questão.

Passaremos a seguir à análise de algumas opiniões doutrinárias acerca do tema, cuja divergência de entendimentos mostra-se mais acentuada que na jurisprudência.

5.3 O entendimento doutrinário

Também não existe unanimidade na doutrina, quando o assunto diz respeito à responsabilidade da Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos empregados de empresas contratadas.

⁶³Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4176671.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 18 nov. 2009.

Wilson Alves Polonio⁶⁴ tratou a questão da simulação em processo de terceirização. Este é o entendimento do autor, *in verbis*:

“...a simulação, num processo de terceirização, mostra-se evidente quando pretende-se ocultar os pressupostos do vínculo empregatício que se fazem presentes na relação contratual “tomador e prestador de serviços”. Nesse caso, em evidência o vínculo empregatício, a interposição de qualquer entidade (empresa prestadora de serviços, cooperativa de trabalho ou mesmo sem nenhuma dessas entidades o que pretender-se-ia revestir o contratado de trabalhador autônomo) é ato simulado.”

Acerca da responsabilidade sobre as verbas trabalhistas, conclui o autor:

“No que se relaciona às verbas trabalhistas, a questão não nos parece de maior complexidade, pois a responsabilidade por seu adimplemento é, objetivamente, do empregador. Não há que se falar em subsidiariedade ou solidariedade, salvo no caso de terceirização com empresa de um mesmo grupo econômico, nos termos do art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.”⁶⁵

Alice Monteiro de Barros⁶⁶, adotando entendimento diverso, faz as seguintes considerações, no tocante ao item IV da Súmula 331 do TST:

“É que toda a atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, que é o fato gerador da responsabilidade civil.”

Prossegue a autora:

“Outra tendência diz respeito ao progressivo aumento da extensão da responsabilidade. A cada dia amplia-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se, ao lado da responsabilidade direta ou por fato próprio do imputado, a indireta, por fatos de terceiro e coisas sob sua guarda, fundada na ideia de culpa presumida (*in eligendo* ou *in vigilando*).”

Conclui a autora, na linha de diversas decisões:

⁶⁴ **Terceirização. Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**, São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 107.

⁶⁵ *Idem*, p. 125.

⁶⁶ **Curso de Direito do Trabalho**, 4ª ed., LTr, 2008, pp. 448-449.

“Logo, reconhecida a responsabilidade objetiva de quem se utilizou dos serviços, por meio da terceirização, pouco importa tenha ele dado ou não causa à cessação do contrato de trabalho do reclamante, assumirá os encargos sociais.”⁶⁷

Em outra trilha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim concluiu, no tocante à discussão acerca do art. 71 da Lei nº 8.666/93 e da Súmula 331, do TST, *in verbis*:

“Aparentemente existe um conflito entre o item 4 da Súmula e o § 1º do art. 71 da lei nº 8.666/93. No entanto, a análise sistemática permite afastar esse conflito, tendo em vista que a Súmula refere-se ao fornecimento de mão de obra (que é ilegal), enquanto o art. 71 só pode estar abrangendo os contratos regidos pela Lei nº 8.666, dentre os quais não se insere o de fornecimento de mão de obra. Nem poderia a Súmula sobrepor-se ao disposto em lei, a menos que esta fosse considerada inconstitucional por interpretação judicial.”⁶⁸

Marçal Justen Filho⁶⁹ tem o seguinte entendimento, acerca do art. 71 da Lei de Licitações:

“Também fica expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratado. A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária perante os credores do contratado. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros.”

Afastando a natureza do direito em discussão, cabe a reflexão: se a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, e não fez uso de expedientes fraudulentos, poderia ser automaticamente condenada ao ressarcimento de verbas, de cujos prejuízos não deu causa?

Indaga-se se este protecionismo ao trabalhador não estaria causando um incremento às denominadas empresas de fachada, que são criadas para fraudar

⁶⁷ Idem, p. 450.

⁶⁸ **Parcerias na Administração Pública**, op. cit., p. 217.

procedimentos licitatórios e desaparecer, deixando a conta para a Administração Pública.

Carlos Zangrando⁷⁰ considerou:

“Como já dissemos, frequentemente empregados e empresas desaparecem sem deixar vestígios (prestadores de serviço ou não), e sem adimplir as suas obrigações trabalhistas, formando este um enorme volume de processos inexecutáveis na Justiça do Trabalho.

Porém, em relação ao empregado de prestador de serviços, isso não ocorreria, uma vez (sic) a jurisprudência criou a figura do ‘responsável subsidiário’, que acaba pagando pelos pecados que não cometeu, e sem obrigação legal ou contratual para tanto.”

Conclui o autor:

“Não há verdadeira Justiça se apenas uma pequena parte dos trabalhadores possuir garantias especiais aos seus créditos, enquanto a maioria é relegada à sua própria sorte. Não se combate uma injustiça cometendo-se outra.”

Na prática, constata-se uma massa de trabalhadores privada de seus direitos básicos, decorrentes de serviços efetivamente prestados, e empresas que se aproveitam do entendimento sumulado pela Justiça do Trabalho para participarem de licitações, e logo a seguir desaparecerem, abandonando contratos administrativos celebrados, e todo o débito trabalhista de seus empregados, que sabem, será assumido pela Administração Pública.

A doutrina trabalhista, com alguma divergência, tende pela responsabilidade da Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos empregados das empresas prestadoras de serviço, seja ela subjetiva ou objetiva.

⁶⁹ **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 544.

A doutrina administrativista, por sua vez, considera o interesse público e o princípio da legalidade estrita, admitindo a responsabilidade em estudo somente se for comprovada conduta irregular da Administração Pública.

Diante da divergência doutrinária e jurisprudencial, que acaba por gerar insegurança jurídica, o Poder Judiciário foi provocado através de ação visando a declaração da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, por ter sua vigência negada a cada decisão que aplica a Súmula 331, do TST. Este é o tema do próximo item, a ser estudado.

5.4 – Ação Direta de Constitucionalidade – ADC – 16

Na tentativa de reverter a consolidada responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas de empregados de empresas contratadas através de regular procedimento licitatório, foi ajuizada Ação Declaratória de Constitucionalidade – a ADC – 16, na qual figura como autor o Governador do Distrito Federal, cujo objeto é declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, e orientação homogênea acerca da matéria.

Pondera a ação que apesar da constitucionalidade plena, a referida norma vem tendo sua vigência negada, especialmente pelo TST, que editou enunciado de

⁷⁰ Carlos Zangrando, **Curso de Direito do Trabalho**, II –Direito Individual do Trabalho, São Paulo: LTr, 2008, p. 1021.

súmula dominante com entendimento diametralmente oposto, responsabilizando subsidiariamente a Administração Pública, seja Direta ou Indireta, pelos débitos trabalhistas na qualidade de contratante de serviços de terceiros.

Considera que existem entendimentos conflitantes acerca do tema, pois há decisões regionais afastando esta hipótese de responsabilidade à Administração Pública, se a contratação ocorreu via licitação, bem como se não existe prova da insolvência do prestador de serviços.

Nesta trilha, a Súmula 331 do TST, em especial no item IV, estaria negando vigência ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, além de atribuir responsabilidade objetiva ao Poder Público, através da teoria do risco integral, segundo a qual basta a existência de dano para que o Poder Público seja obrigado a reparar, mesmo que não lhe tenha dado causa ou tentado evitar sua ocorrência.

Em conclusão, argumenta que a aplicação da Súmula 331 do TST constitui violação aos princípios da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade das licitações públicas e o princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo (arts. 5º, inciso II, e 37, *caput*, inciso XXI e § 6º, da Constituição Federal).

Outra alegação diz respeito à impossibilidade de o Poder Público exigir dos interessados documentação diversa da prevista em lei, a fim de evitar a denominada *culpa in eligendo*.

O Ministro Marco Aurélio Mello, em 10/09/08, proferiu voto considerando em primeiro lugar que está ocorrendo o afastamento, por um verbete de súmula da jurisprudência predominante de um tribunal superior, de um preceito legal, consistindo na ampliação da solidariedade prevista no § 2º, art. 2º da CLT.

Concluiu o Ministro pela admissão da ação, por entender que a matéria precisa ser enfrentada para que um verbete do TST não suplante dispositivo legal emanado do Congresso Nacional. O Ministro César Peluso, por sua vez, votou pela carência da ação.

O pedido liminar, de suspensão imediata dos processos que envolvam a aplicação do item IV da Súmula 331 do TST até o julgamento da ação, e suspensão com eficácia *ex tunc* os efeitos de decisões que tiveram o referido fundamento ou afastado a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações foi indeferido.

O Ministro Relator Cesar Peluso, que em seu voto não conheceu da ação por falta de requisito da controvérsia judicial, entendeu que a complexidade da causa e o efeito pretendido de suspender grande volume de processos, requer apreciação de maiores elementos para o convencimento.

A União e diversos Estados e Municípios ingressaram no feito, na qualidade de *amicus curiae*, com base no art. 7º, § 2º da Lei nº 9868/99. O TST apresentou informações no sentido do contrato de terceirização de mão-de-obra ser destinado

somente a atividades acessórias, devendo o administrador agir com maior rigor na contratação, em respeito aos princípios da legalidade e da moralidade.

Além disso, citando o art. 67 da Lei de Licitações, ressalta que o administrador deve exercer fiscalização permanente, em especial em relação às verbas trabalhistas dos empregados das empresas contratadas. Em caso de negligência, resta caracterizada a culpa *in vigilando*, com a responsabilidade subsidiária do Estado com fulcro no art. 37, § 6º, da Constituição Federal; ou seja, na responsabilidade objetiva.

O TST entende pela prevalência do princípio do valor social do trabalho e de sua proteção, nos termos dos arts. 1º, inciso III e IV e 7º, inciso IV, combinados ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, para dar interpretação restritiva ao § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. A ação está pendente de julgamento.

5.5 Do princípio constitucional da Reserva de Plenário. Reclamações no STF

Paralelamente à ADC – 16, estudada no item anterior, o Supremo Tribunal Federal passou a receber reclamações ajuizadas com fulcro no art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal.

Consideram tais reclamações que ao aplicar o inciso IV da Súmula 331 do TST, os tribunais regionais e o próprio TST estão ofendendo a Súmula Vinculante 10, bem como o art. 97 da Constituição Federal, porque afastam a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, o que significa declarar sua inconstitucionalidade, por via oblíqua.

Esta é a redação da Súmula Vinculante nº 10, *in verbis*:

"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte."

O art. 103-A, e seu § 3º, da Constituição Federal, determinam:

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

(...)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Trata-se da regra da reserva de plenário, segundo a qual somente pelo voto da maioria absoluta dos integrantes, os tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.⁷¹

A hipótese está disciplinada no art. 97 da CF, *in verbis*:

"Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

Entretanto, a questão também não está pacificada no próprio STF. Existem decisões entendendo que não houve afronta ao verbete da Súmula nº 10, porque a redação do item IV do Enunciado 331 resultou de julgamento, com votação unânime do Pleno, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96, em 11/09/2000.⁷²

Entendeu-se também que o item IV do Enunciado 331/TST tem publicação anterior à da Súmula Vinculante nº 10, de modo que é inadmissível reclamação cuja decisão impugnada seja anterior à pronúncia do STF.

Cite-se ainda, a título de exemplo, as Reclamações nºs 8388, 7561, 7225, 7128, 6776, 6763 e 6665.

Na Reclamação 8388, a Ministra Ellen Gracie concedeu liminar suspendendo decisão do TRT da 6ª Região (Pernambuco), até o julgamento final da reclamação.

O mesmo ocorreu nas Reclamações nºs 7561 (Min. Carmen Lúcia), 7225 (Min. Menezes Direito), 7128 (Min. Menezes Direito), 6776 (Min. Ellen Gracie), 6763 (Min. Joaquim Barbosa) e 6665 (Min. Menezes Direito).

Na Reclamação nº 6665, apresentada pela União contra acórdão da 4ª Turma do TRT 2ª Região (São Paulo), ao apreciar e deferir o pedido liminar, o saudoso

⁷¹ Notícia STF, 13/11/2008. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u467403.shtml> >. Acesso em 21 dez. 09.

Ministro Menezes Direito considerou a decisão proferida pelo Plenário do STF, em 18/06/08, no julgamento do RE nº 482.090/SP, cujo Relator foi o Ministro Joaquim Barbosa, recurso este “interposto contra acórdão de Turma do Superior Tribunal de Justiça que afastou a incidência da Lei Complementar nº 118/05 sem a observância da cláusula de reserva de plenário, firmou entendimento, já assentado na Primeira Turma desta Corte, no sentido de que ‘reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição’ (RE nº 240.096/RJ, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 21/5/99).

Concluiu o Plenário pelo provimento do recurso para reformar o acórdão atacado e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que fosse observada a norma do artigo 97 da Constituição Federal. Ressaltou-se, também, que essa orientação aplica-se, inclusive, aos casos em que, após a prolação do acórdão recorrido, o Tribunal de origem, por meio de seu Pleno ou de sua Corte Especial, tenha declarado a inconstitucionalidade da norma legal impugnada. Nessa hipótese, incidirá a norma do artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil⁷³. Nessa mesma

⁷² Reclamação nº 6970, decisão de 15/04/2009, DJE nº 74, divulgado em 22 abr. 09.

⁷³ Art. 481, CPC. “Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

sessão foi aprovada a Súmula Vinculante nº 10 deste Tribunal.” (DJE nº 193, divulgado em 10/10/2008. Decisão do dia 3/10/2008)⁷⁴

Na Reclamação nº 6763, também apresentada pela União contra acórdão do TRT 2ª Região, considerou o Ministro Relator Joaquim Barbosa que o acórdão reclamado, ao afastar a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, para assegurar vigência ao art. 37, § 6º, da CF, “aparente e implicitamente declarou a inconstitucionalidade de norma federal.” Prossegue o Ministro observando que “a decisão não aludiu a julgamento do órgão pleno daquela Corte ou do Supremo Tribunal Federal, de modo a afastar a necessidade de remessa de incidente de inconstitucionalidade.” (DJE nº 194, divulgado em 13/10/2008. Decisão 08.10.08.)⁷⁵

Já a Reclamação nº 6970, ajuizada pelo Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo - DAESP contra Acórdão da 5ª Turma do TST, que teve o pedido liminar deferido, através de juízo de retratação, foi julgada improcedente, considerando o Ministro Relator Ricardo Lewandowski que “a redação atual do item IV do Enunciado 331 do TST resultou do julgamento, por votação unânime do pleno daquele tribunal, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96, em Sessão de 11/09/2000.” (Decisão de 15/04/2009 - DJE nº 74, divulgado em 22/04/2009)⁷⁶

⁷⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2639476>>. Acesso em 21 nov. 09.

⁷⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2633149>>. Acesso em 21 nov. 09.

O DAESP interpôs agravo regimental, argumentando que “o Tribunal Superior do Trabalho, quando de reúne em Plenário, por força de um incidente de uniformização, o faz com o intuito de dirimir tão somente uma divergência jurisprudencial. Não há, pois, qualquer obrigação de apreciação da questão constitucional, tal como ocorre em um incidente de inconstitucionalidade.”

O Ministro Lewandowski considerou, em síntese, que a análise de constitucionalidade foi devidamente realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, pois o enunciado da Súmula 331 do TST resultou do julgamento, à unanimidade, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96, do qual tratamos no Capítulo 4, item 4.3, e não mera reunião de ministros da Corte do Trabalho, sem observância ao preceito da Súmula Vinculante 10, conforme alegado pelo agravante.

Negou seguimento ao Agravo Regimental com base no art. 21, § 1º, do RISTF, que permite ao Relator “negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal (...)”.

Verifica-se que a questão não está pacificada na Corte Maior, haja vista as diversas liminares concedidas, em sentido contrário ao do posicionamento na Reclamação nº 6970.

⁷⁶Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2646441>>. Acesso em 21 nov. 09.

Há que se ponderar que um incidente de uniformização de jurisprudência tem natureza diversa da de um incidente de inconstitucionalidade, uma vez que o primeiro visa dirimir divergência jurisprudencial, que pode não envolver questão constitucional. Ainda, não consta da Resolução nº 96/2000 do TST, que deu nova redação ao inciso IV da Súmula 331 daquele Tribunal, que foi declarada a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8666/93 ou de seus parágrafos. Dada a importância do tema, estabeleceu-se o conflito de entendimentos em análise.

De qualquer modo, estas ações ajuizadas perante o STF deixam clara a necessidade de solucionar de vez a questão, considerando a imensa massa de trabalhadores envolvida, e a situação na qual se encontra a Administração Pública, condenada em milhares de reclamações trabalhistas de empregados de terceiros, conforme já mencionado.

Adentrando à parte final do presente estudo, resta refletir acerca do panorama atual da terceirização, especialmente no tocante às consequências para a Administração Pública, que constitui tema principal do trabalho, na tentativa de vislumbrar alguma solução que proteja os trabalhadores envolvidos, e não afronte os princípios que a regem.

6 – TERCEIRIZAÇÃO – PANORAMA ATUAL

6.1 Consequências sociais – uma via de mão dupla. Colisão de princípios

De quanto exposto anteriormente, fácil é perceber que a terceirização constitui fenômeno social apoiado por alguns, e extremamente criticado por outros. Também não há como negá-la, ou tentar excluí-la do contexto jurídico-social. E justamente pelas proporções que atingiu, há necessidade de aparar as arestas, a fim de que não se torne conhecida mais pelos prejuízos que causa às partes envolvidas, do que pelos benefícios que podem resultar de sua utilização, de forma lícita.

Alice Monteiro de Barros⁷⁷ comentou:

“Não acreditamos possa a terceirização constituir uma solução para todos os problemas empresariais. A terceirização requer cautela do ponto de vista econômico, pois implica planejamento de produtividade, qualidade e custos. Os cuidados devem ser redobrados do ponto de vista jurídico, porquanto a adoção de mão-de-obra terceirizada poderá implicar reconhecimento direto de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços, na hipótese de fraude, ou responsabilidade subsidiária dessa última, quando inadimplente a prestadora de serviços.”

Prosseguindo, ao analisar a Súmula 331, entende que o TST “não se desviou completamente da rota delineada pela citada **Súmula n. 256**, limitando-se a dar um pouco mais de flexibilidade às contratações.”⁷⁸ (grifo no original)

Conclui a referida autora, no tocante às consequências da terceirização:

⁷⁷ **Curso de Direito do Trabalho**, 4ª ed., São Paulo: LTr, 2008, p. 446.

⁷⁸ Op. cit., p. 446.

“Tanto a Justiça do Trabalho como o Ministério Público não têm medido esforços no combate à terceirização de serviços ligados à atividade-fim da empresa fora dos limites traçados pela **Súmula n. 331 do TST**. Entre os malefícios da terceirização em atividade-fim das empresas encontra-se a violação ao princípio da isonomia, a impossibilidade de acesso ao quadro de carreira da empresa usuária dos serviços terceirizados, além do esfacelamento da categoria profissional.” (grifo no original)⁷⁹

Jorge Luiz Souto Maior considera a terceirização prática inconstitucional na Administração Pública, que segundo seu entendimento, configura subcontratação de mão-de-obra.⁸⁰

Veja-se a lição de Pedro Paulo Teixeira Manus⁸¹, acerca do tema:

“Lembre-se de que a terceirização é situação imposta pelo fenômeno da globalização, à medida que a competitividade aumenta com esse processo que introduz entre nós competidores, como as empresas multinacionais, tornando o mercado altamente difícil para a empresa nacional, impondo-lhe medidas drásticas para poder manter-se em atividade.”

(...)

Desse modo, tem a jurisprudência como regra que a terceirização é permitida nas atividades-meios e, ainda assim, desde que não configurados os requisitos da relação de emprego (pessoalidade e subordinação hierárquica direta).”

Pela própria dinâmica das relações humanas, a terceirização é fato incontestável, mas os seus reflexos não podem permanecer nos termos apresentados na atual realidade.

⁷⁹ Idem, p. 447.

⁸⁰ Jorge Luiz Souto Maior, op. cit., Revista LTr n. 70-11/1316.

⁸¹ Pedro Paulo Teixeira Manus, **Direito do Trabalho**, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 127-128.

O Ministro Vantuil Abdala, em artigo intitulado “Terceirização: Anomalia inadmissível”⁸², comentou que “todos sofrem as consequências da total ausência de normatização no campo dos serviços terceirizados: os trabalhadores, porque vítimas das fraudes por parte de prestadoras de serviço inidôneas; as prestadoras de serviço idôneas, pelas consequências à imagem negativa da sua atividade e ainda pela concorrência predatória; as tomadoras de serviços de boa fé, pela indefinição e insegurança jurídicas; e, por fim, o próprio Estado, vítima não só como tomador de serviços, mas também como arrecadador do que lhe é devido por contribuições fiscais e previdenciárias.”

São inúmeros os artigos discutindo a questão, inclusive em relação à Administração Pública.

O periódico “Folha de São Paulo” publicou matéria com o título “Governo é alvo de golpe de terceirizadas”⁸³, que retrata bem o impasse no qual a Administração Pública se encontra.

A análise refere-se às inúmeras empresas de fachada que são selecionadas em procedimentos licitatórios e quebram ou desaparecem, deixando débitos trabalhistas pendentes.

⁸² Notícias do Tribunal Superior do Trabalho, 22/10/2008. Disponível em: Acesso em 27 out. 08.

⁸³ Por Alan Gripp, **Folha Online**, 11/04/2009. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u549159.shtml>>. Acesso em 07 dez. 2009.

Segundo a notícia, a CGU – Controladoria Geral da União, criou grupo para rastrear estas empresas – Observatório da Despesa Pública – constatando que existem empresas atuando em conjunto na fraude a licitações, através de concorrência simulada – uma entra para ganhar, e outra para perder. Também ocorre de empresas diversas funcionarem no mesmo endereço.

Conclui o artigo que a Administração deve ter cautela com os pregões eletrônicos, que por sinal foram instituídos visando grande economicidade nas contratações, a fim de evitar propostas inexequíveis.

Haveria, então, um conflito entre os princípios de Direito Público e os que regem as relações de trabalho?

Veja-se o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁴, discorrendo acerca do princípio da legalidade:

“O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso). Instaura-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder.

(...)

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos

⁸⁴ **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 71-72.

cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.”

Considera-se que “o regime de direito público se caracteriza pela supressão de certas alternativas, pela redução da autonomia individual e pela imposição de deveres e faculdades de grande relevo. A aplicação do regime de direito público destina-se a reduzir o risco de não serem atendidas certas necessidades ou de sacrifício dos valores fundamentais vigentes.”⁸⁵

Na lição de Carlos Henrique da Silva Zangrando, “nunca poderíamos deixar de reconhecer o princípio da proteção, verdadeira base sobre a qual se assenta o próprio Direito do Trabalho. Porém, mais importante que o subsistema (o Direito do Trabalho), temos que respeitar os princípios que regem o sistema (o Direito)”⁸⁶.

Conforme comenta o autor, apenas o ofensor ou violador do direito é que deverá, primordialmente, responder ao ofendido

Mencione-se, ainda, o princípio da subsidiariedade, comentado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cujas origens encontram-se em fins do século XIX e início do século XX, dentro da Doutrina Social da Igreja, em especial pelas Encíclicas *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII; *Quadragesimo Anno*, de 1931, do Papa Pio XI; *Mater et Magistra*, de 1961, Papa João XXIII, e a *Centesimus Annus* de 1991, do Papa João Paulo II.

⁸⁵ Marçal Justen Filho, **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.

Eis as palavras da professora Maria Sylvia⁸⁷:

“Algumas ideias são inerentes ao princípio da subsidiariedade: de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos . E uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de **parceria entre público e privado**, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente.” (grifos no original)

O princípio da subsidiariedade deixa clara a necessidade do Poder Público e da iniciativa privada caminharem na mesma direção. São parceiros, com ampla participação da sociedade, pois os poderes do Estado são limitados, e ao mesmo tempo sua atuação inclui o incentivo ao desenvolvimento da iniciativa privada.

Não há como dissociar a atuação da Administração Pública, cujos atos estão pautados justamente no interesse público, dos direitos trabalhistas, de natureza social e privilegiada, sendo ambas as hipóteses constitucionalmente protegidas.

O que não parece possível é a sobreposição de princípios, pois conforme prevê o art. 8º da CLT, “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o

⁸⁶ Carlos Henrique da Silva Zangrando, Curso de Direito do Trabalho, op. cit., p. 1022.

⁸⁷ Maria Sylvia Zanello Di Pietro, **Parcerias na Administração Pública**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 15-16.

direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

Toda esta discussão tem como pano de fundo a ausência de lei a regulamentar a terceirização, pois não há como desconsiderar o princípio da legalidade, de caráter geral, para proteger direitos trabalhistas, em que pese serem direitos especialíssimos e constitucionalmente protegidos, de caráter social inquestionável.

6.2 Terceirização – ausência de legislação específica

A tão polêmica figura da terceirização enfrenta mais uma problemática, sobretudo no que se refere às relações com a Administração Pública: não existe lei regulando o assunto, conforme mencionado.

Encontra-se em trâmite Projeto de Lei da autoria do Deputado Federal Eduardo Valverde, pretendendo a alteração do art. 455 da CLT, nos seguintes termos:

“Art. 455. Nos contratos de prestação de serviço ou de subempreitada, a empresa tomadora de serviço por interposta pessoa ou empreiteiro principal responderão solidariamente pelas obrigações trabalhistas do contrato de trabalho que a empresa prestadora de serviço ou o subempreiteiro, contratados deixarem de adimplir com os empregados, que participaram da execução contratual.

Parágrafo Único: Ao tomador de serviço por interposta pessoa ou o empreiteiro principal, ficam ressalvados, na forma da lei civil, ação regressiva contra a empresa prestadora de serviço ou o subempreiteiro, a retenção da importância devida para a garantia das obrigações prevista neste artigo.”

A justificativa da alteração proposta é adequar a CLT ao fenômeno da terceirização; entretanto, esta responsabilidade solidária do tomador de serviços pode

resultar na inviabilidade da terceirização, se considerar-se que atualmente, com a responsabilidade subsidiária, muitas empresas participam e vencem licitações, deixando logo em seguida a prestação dos serviços contratados, e um débito trabalhista de todos os seus empregados a cargo da Administração Pública.

Esta proposta encontra resistência em diversos setores. A Confederação Nacional da Indústria (CNI) e a Força Sindical almejam por um sistema misto, que não represente nem a responsabilidade subsidiária, nem a solidária.⁸⁸ Existe um anteprojeto de lei em análise no Ministério do Trabalho, contemplando a proposta de sistema misto.

A ausência de norma legal a regulamentar a terceirização também foi comentada por José Eduardo Duarte Saad⁸⁹. Relata que por ocasião da “1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho”, encerrada em 23/11/07, no TST, constatou-se no tocante à terceirização, as seguintes tendências: a terceirização não precisa se restringir às atividades-meio de uma empresa, conforme consta na Súmula 331 do TST, cabendo ao administrador verificar a forma mais conveniente, já que não existe vedação Constitucional o legal, para tanto. A hipótese está amparada nos artigos 5º, XIII e 170, da Carta Maior.

Traçando um paralelo do significado do princípio da legalidade para o particular – “é livre para praticar o ato desde que não seja proibido por lei --, e para o

⁸⁸ Por Lu Aiko, 18/05/2009, **O Estado de São Paulo**. Disponível em: < www.granadeiro.adv.br/boletim-maio09/N62-180509.php.>. Acesso em 03 dez .2009.

⁸⁹ **Terceirização de serviços e a necessária elaboração de uma norma legal**, Revista LTr , vol. 73, nº 1, janeiro de 2009, pp. 30-33.

Poder Público – “ele só pode praticar aquilo que estiver previsto em lei”, ressalta a importância de elaboração de norma legal, na forma da Constituição, para disciplinar a terceirização, inclusive para dar o devido amparo aos trabalhadores envolvidos nesta sistemática.

Daí, menciona minuta de Anteprojeto de Lei elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que tem entre seus objetivos “estabelecer um marco legal regulamentador para a contratação de serviços terceirizados.”

A conclusão é pela necessidade de elaboração de lei, que já se arrasta desde 1985, para disciplinar a terceirização. Porém, enquanto não houver conclusão do ponto de vista legislativo, importante traçar soluções jurídicas que reflitam um juízo de ponderação, baseado na razoabilidade e proporcionalidade, conforme se verá a seguir, na conclusão do trabalho.

7 - CONCLUSÃO

Nossa conclusão terá como ponto de partida as palavras de Amauri Mascaro Nascimento, abaixo transcritas:

“Há portanto, uma preocupação com o direito do trabalho, cujo fundamento maior é o próprio direito à vida. O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-lo, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É um direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e o direito à subsistência.”⁹⁰

Os direitos dos trabalhadores assumiram tamanha importância, que foram amplamente protegidos pela Carta de 1988, denominada “Constituição Cidadã”.

Paralelamente, a Administração Pública encontra-se em um dilema, pois a terceirização que incentivou como prática apropriada aos objetivos esperados, e portanto, ao interesse público, tem sido alvo de inúmeras notícias na imprensa, pelos prejuízos que vem causando ao erário, em decorrência das condenações trabalhistas, em caráter subsidiário.

Comenta-se que a falta de cuidado na escolha das empresas prestadoras de serviços por meio do sistema de pregão eletrônico, frequentemente resulta em sonegação e em ações judiciais contra o Estado.

⁹⁰ Texto publicado no periódico “O Estado de São Paulo”, em 27out.1987.

Pelo panorama apresentado, podemos concluir que caso não haja mudança no posicionamento do Poder Judiciário, por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública continuará sendo condenada subsidiariamente no tocante às verbas trabalhistas de empregados de empresas contratadas, através da aplicação da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, esta situação está longe de ser pacífica, uma vez que na Administração Pública a terceirização decorre da ideia de reservar apenas as funções típicas de Estado aos servidores públicos celetistas ou estatutários, buscando-se maior eficiência com menor custo à sociedade, e não para fraudar direitos trabalhistas.

A legalidade da terceirização na Administração Pública encontra inquestionável amparo através de diversas leis, tais como Lei nº 8.666/93 (contrato entre a Administração Pública e prestadoras de serviço), que foi objeto de nosso estudo; Lei nº 8.987/95 (Concessão e Permissão de Serviços Públicos); Lei nº 9.637/99 (Organizações Sociais); Lei nº 9.790/99 (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e Lei nº 11.079/2004 (Parceria Público-Privada).

A lei representa a vontade do povo, porque votada pelos seus representantes, que foram eleitos através de sistema democrático. A utilização de súmula de jurisprudência para decidir situação não prevista em lei; e que, de maneira oblíqua, nega vigência a dispositivo legal, é considerada por muitos como ofensa à

Constituição Federal, em especial seus arts. 2º (princípio da tripartição dos poderes), 5º, inc. II (princípio da legalidade), e art. 37, *caput*, (princípio da legalidade estrita – a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite).

Dai a insegurança jurídica provocada pela ausência de norma legal a regulamentar a terceirização.

A CLT, originária dos anos 40, de há muito não disciplina as relações de trabalho que foram surgindo, pela própria dinâmica do mercado, dentre elas a disseminação da terceirização.

É preciso dar um basta nesta situação, pois não há como permitir que tantos trabalhadores sejam prejudicados por empresas inidôneas, e que a Administração Pública continue pagando a conta, o que significa prejudicar toda a sociedade, através da utilização do erário para tal finalidade.

A regulamentação da terceirização é medida que se impõe, para a defesa dos interesses dos trabalhadores, dos tomadores de serviços, e das empresas prestadoras de serviço idôneas, pois da forma como a situação se encontra, além da insegurança jurídica demonstrada, conforme mencionado, muitas empresas prestadoras de serviço, sabedoras de que o prejuízo das verbas trabalhistas será automaticamente assumido pela Administração Pública, participam de licitações com o objetivo de fraudar o processo, e desaparecer no início da vigência dos contratos de

prestação de serviço, deixando o débito trabalhista de seus empregados para ser pago pela sociedade, que é na verdade, a maior prejudicada, sem contar os prejuízos inerentes à prestação de serviços abruptamente paralisada.

Finalmente, espera-se que o texto legal a ser aprovado represente a melhor solução para todos os envolvidos, preservando-se o interesse público e o direito dos trabalhadores, cabendo à Administração Pública, se o caso, rever a viabilidade do sistema, se a terceirização não mais contemplar os objetivos previstos no Decreto-Lei 200, no longínquo ano de 1969.

Colocando-se valores em jogo, é certo que enquanto não houver lei disciplinando a questão, ou decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso, os princípios norteadores do Direito do Trabalho prevalecerão, visando a proteção dos empregados das empresas contratadas, independentemente das barreiras legais no tocante à responsabilização do Poder Público, na qualidade de tomador de serviços.

Por outro lado, a Administração Pública não pode ter sobre si a presunção de culpa, já que mesmo praticando a terceirização lícita, vê-se condenada pela falta de fiscalização do contrato de trabalho de terceiros, em que pese agir dentro dos estritos limites da lei. Na mesma trilha, a ocorrência de fraude não pode ser presumida, cabendo ao órgão julgador avaliar detidamente as provas produzidas pelas partes litigantes.

Paralelamente a isso, entendemos que os tomadores de serviço, inclusive a Administração Pública, devem procurar adequar-se à realidade, respeitadas as peculiaridades de cada um, considerando que os contratos de trabalho dos empregados das empresas contratadas precisarão ser acompanhados, cada vez mais de perto, em caráter preventivo, visando não só a proteção dos direitos dos obreiros, como também a redução do enorme passivo trabalhista herdado pelo Poder Público, cujo pagamento é feito através do erário, o que significa dizer, arcado pela sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGUINSKI, Simone Tais. **Instrução Normativa e afronta ao Sistema Jurídico**. Disponível em: <http://www.zulmarneves.adv.br/visualiza_artigo.php?id=51>. Acesso em: 08 out. 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de, **Curso de Direito do Trabalho**, 4ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/BGU/2002/Volume1/014.pdf>>. Acesso em: 22 out.09

DELGADO, Maurício Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, 5ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 13ª ed., São Paulo: Atlas S.A., 2001.

_____, **Parcerias na Administração Pública**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

DROMI, José Roberto, **La Licitación Pública**, Buenos Aires: Astrea, 1975, *apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2001, p. 291.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, **Curso de Direito do Trabalho**, São Paulo: Método, 2007.

GURGEL JÚNIOR, Garibaldi Dantas e VIEIRA, Marcelo Milano Falcão, **Qualidade total e administração hospitalar: explorando disjunções conceituais**, p. 329. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v7n2/10251.pdf>>. Acesso em: 24 out. 09.

<http://www3.catho.com.br/salario/action//artigos/Modelos_de_Habilidades_e_Competencias.php>. Autor não identificado. Acesso em: 11.10.09.

<<http://www.geomundo.com.br/geografia-30108.htm>>. Autor não identificado. Acesso em: 10 out. 09.

<<https://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/governo-estabelece-novas-regras-para-a-contratacao-de-servicos/?searchterm=normativa>> Acesso em 07 nov. 09.

<<http://www.mundoeducacao.com.br/geografia/taylorismo-fordismo.htm>>. Autor não identificado. Acesso em 10 out. 09

<<http://www.selecoes.com.br/marcasdeconfianca>> Acesso em: 24 out. 09.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2004.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

LAGINSKI, Valdirene, **Os princípios e as regras jurídicas**. disponível em: < http://www.laginski.adv.br/artigos/principios_regras.htm>. Acesso em 21 dez .09.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**, 10 ed., São Paulo: Método, 2006.

LIMA, Daniel. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/10/15/materia.2009-10-15.0557068964/view>> . Acesso em 07 nov. 09.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira, **Direito do Trabalho**, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto, **Direito do Trabalho**, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**, 9ª ed, São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OTTA, Lu Aiko, **Projeto de lei pode tornar inviável contratação de serviço terceirizado: Texto prevê que empresa que contrata companhia terceirizada se torna responsável por pagar direitos trabalhistas**. Disponível em: < www.granadeiro.adv.br/boletim-maio09/N62-180509.php>. Acesso em 03.12.2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>.

PIMENTEL, Desireé de Araujo. O Enunciado nº 331, IV, do TST e o regime próprio da Administração Pública . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 315, 18 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5187>>. Acesso em: 16 ago. 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues, **O Direito do Trabalho e as Questões do nosso Tempo**, São Paulo: LTr, 1998.

POLÔNIO, Wilson Alves, **Terceirização. Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**, São Paulo: Atlas, 2000.

SAAD, José Eduardo Duarte, **Terceirização de serviços e a necessária elaboração de uma norma legal**, Revista LTr , vol. 73, n. 1, janeiro de 2009, pp. 30-33.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, **Terceirização na Administração Pública-Uma Prática Inconstitucional**, Revista LTr, vol. 70, n. 11, novembro/2006, pp. 1307-1317.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 22 set. 09.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/>>.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em:< <http://www.tst.gov.br>>.

ZANGRANDO, Carlos, **Curso de Direito do Trabalho**, Tomo II – Direito Individual do Trabalho, São Paulo: LTr, 2008.

XX Congresso Brasileiro de Magistrados, São Paulo, 2009, Publicação **Gestão Democrática do Judiciário**, Gestão e Fortalecimento da Magistratura, Associação dos Magistrados Brasileiros-AMB, Presidente Mozart Valadares Pires. Gervásio dos Santos, Coordenador da Campanha de Gestão Democrática do Judiciário, pp. 6/8.