

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: a nova visão do STF.

ROGÉRIO MORAES MORITO

**JUIZ DE FORA – MG
NOVEMBRO – 2011**

ROGÉRIO MORAES MORITO

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: a nova visão do STF.

Monografia apresentada à Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte das exigências da Faculdade de Direito, para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Dr. Dorival Cirne de Almeida Martins.

JUIZ DE FORA – MG
NOVEMBRO – 2011

ROGÉRIO MORAES MORITO

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: a nova visão do STF.

Monografia apresentada à Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte das exigências do Departamento de Direito, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

APROVADA EM: 30 / 11 / 2011.

PROF. DR. DORIVAL CIRNE DE ALMEIDA MARTINS (Orientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

PROF. DR. FLÁVIO BELLINI DE OLIVEIRA SALLES
Universidade Federal de Juiz de Fora

PROF. LEONARDO VINICIUS CORDEIRO
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho aos meus pais que, com muito amor, me ensinaram o valor da união da família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por colocar pessoas tão especiais em minha vida, que me encorajam a vencer os desafios enfrentados em minha caminhada.

Ao professor Dorival, por ter aceitado prontamente ser meu orientador e pelo seu acompanhamento atento e suas sugestões, que foram imprescindíveis para a realização deste trabalho.

À minha mãe, pelas inúmeras demonstrações de amor e incentivo para concretização deste sonho.

Ao meu pai, pelo exemplo de homem honrado, justo e ético, no qual me espelho todas as manhãs.

Aos meus irmãos, por todo o carinho e suporte incondicional.

Aos meus tios e tias, primos e primas, pela compreensão e apoio permanente.

Ao Fernando Junqueira Marques e ao Hugo Olímpio de Oliveira, pelos laços fortíssimos de amizade.

Ao Ronan Ferreira Figueiredo, ao Fábio Joseph Murad e ao Felipe José Alves, pelos momentos de descontração e companheirismo.

Aos demais amigos, que engrandeceram minha jornada até aqui.

RESUMO

O escopo do presente trabalho é verificar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos casos de terceirização. O tema foi escolhido devido à atualidade e relevância dos conflitos que lhe são decorrentes, em virtude da intensa utilização dessa forma de relação de trabalho pelos entes públicos. O enfoque dar-se-á a partir da aplicabilidade da Súmula 331 do TST e sua capacidade de assegurar aos trabalhadores uma tutela jurisdicional que efetive as garantias trabalhistas previstas no ordenamento pátrio, preservando também os interesses da coletividade, afim de construir uma sociedade justa e harmônica. Examina-se a posição do STF quanto à tutela prevista na Súmula 331 do TST.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Responsabilidade Subsidiária. Administração Pública. Legislação. Aplicabilidade.

ABSTRACT

The scope of this work is to verify the subsidiary responsibility of the Public Administration for the outsourcing. The theme was chosen because of the timeliness and relevance of conflicts that are arising due to the intense use of this form of working relationship by public entities. The focus will be given from the applicability of Statement 331 of the TST and its ability to provide effective jurisdictional protection to the labor guarantees provided by the national legal system, preserving the collective interests in order to build a harmonic and just society. It examines the position of the STF on the protection provided in the Statement of the TST 331.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A TERCEIRIZAÇÃO DA MÃODEOBRA E O DIREITO DO TRABALHO	10
1.1 O fenômeno da terceirização	10
1.2 Surgimento.....	12
1.3 Surgimento no Brasil.....	13
1.4 Evolução jurídica da terceirização no ordenamento pátrio.....	14
2 AS ADEQUAÇÕES DA NORMA PÁTRIA FACE À DIFUSÃO DA TERCEIRIZAÇÃO	16
2.1 Terceirização de serviço e terceirização de trabalho humano	16
2.2 A teoria da flexibilização e seu reflexo no direito do trabalho	16
2.3 Análise das garantias trabalhistas e constitucionais na terceirização	18
3 A SÚMULA 331 DO TST E A RELAÇÃO DE EMPREGO	21
3.1 Os elementos fático-jurídicos da relação de emprego	21
3.2 Licitude da terceirização e sua aplicabilidade	22
3.3 A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços na terceirização	23
3.3.1 A responsabilidade subsidiária da administração pública.....	25
3.3.2 A nova redação da Súmula 331 do TST e a proteção do trabalhador	29
CONCLUSÃO.....	32
BIBLIOGRAFIA	34

INTRODUÇÃO

A terceirização surgiu durante a Segunda Guerra Mundial. Com a demanda crescente por armamentos, a indústria bélica norte-americana viu-se compelida a delegar serviços não essenciais a terceiros, como forma de aumentar a produção e atender ao mercado consumidor. Nesse momento, logrou-se uma diminuição de custos e um aumento de produtividade.

Tal método difundiu-se por todo o mundo como modelo empresarial milagroso de aceleração da produção e crescimento dos lucros.

No Brasil, a terceirização de mão-de-obra surgiu na indústria automobilística, com a entrada das multinacionais e a necessidade de aumentar a produção.

O primeiro texto legal acerca do fenômeno foi o Decreto-Lei n. 200/67, que disciplinava a terceirização no âmbito público. Em 1974, a Lei n. 6.019 regulou o trabalho temporário, desta vez, no âmbito privado.

A partir daí, discutiu-se a flexibilização das leis trabalhistas e os ganhos que poderiam sobrevir para os trabalhadores e, sobretudo, para as empresas. O conflito advindo desta flexibilização é latente até os dias atuais.

A terceirização tornou-se essencial para a economia do país. É uma realidade implacável. Dessa forma, cabe aos operadores e aos aplicadores do Direito buscar formas de conciliá-la com os princípios trabalhistas e constitucionais, como o da proteção e o da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

No meio deste imbróglio está o trabalhador, que é o maior prejudicado pela massificação da terceirização. Sofre pela redução de salários e benefícios durante a prestação do trabalho, pela precariedade da relação de emprego e finalmente, sofre por tornar-se vítima das fraudes de prestadoras de serviços inidôneas, que lhe abandona à própria sorte.

Impotente na luta contra o capital, procura a tutela jurisdicional colocando no pólo passivo da lide o ente público, que deveria ter zelado pelos seus direitos, fiscalizando a prestadora de serviço de forma eficaz, afim de evitar o derradeiro conflito. Nesse momento, indaga-se a seguinte questão: pode a Administração Pública, dotada de diversos mecanismos de fiscalização das empresas privadas com as quais contrata a prestação de serviços de terceirização de mão-de-obra, se escusar de garantir ao trabalhador os direitos que lhe são assegurados pela

legislação trabalhista e constitucional, com o argumento de que não é responsável pelos danos causados por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sob justificativa de que respeitou o regular processo licitatório previsto na Lei n. 8.666/93 e que esta lhe exime de responsabilidade?

O presente trabalho procura dirimir essa dúvida analisando a nova visão do STF acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, quanto aos débitos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada para a prestação dos serviços.

1 A TERCEIRIZAÇÃO DA MÃODEOBRA E O DIREITO DO TRABALHO

1.1 O fenômeno da terceirização

A terceirização é a intermediação do trabalho utilizado no desenvolvimento de uma atividade empresarial.

Utiliza-se um terceiro situado entre o trabalhador e a empresa tomadora, contratado para a prestação de um serviço interligado à cadeia produtiva, provocando a formação de uma relação trilateral.

Silva (1997 *apud* CARELLI, RODRIGO DE LACERDA, 2003) entende terceirização como

a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade (SILVA, 1997 *apud* CARELLI, RODRIGO DE LACERDA, 2003, p.76).

Como assevera Delgado (2010),

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 trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido (DELGADO, 2010, p.414).

Portanto, a terceirização é o processo pelo qual a relação de trabalho rompe a estrutura clássica de dois polos, onde, de um lado, têm-se aquele que presta serviços, dispondo de sua energia de trabalho, e, do outro, aquele que se beneficia desse labor, oferecendo-lhe, em contrapartida, uma remuneração equivalente. É

justamente a entrada, nessa relação jurídica, de um terceiro envolvido, intermediando os interesses dos outros dois, que caracteriza a terceirização.

Na terceirização, verificam-se três tipos de relações jurídicas.

A primeira, envolvendo a empresa prestadora dos serviços e a empresa tomadora – no caso, uma relação jurídica de ordem civil; concomitantemente, há uma segunda relação jurídica, envolvendo o trabalhador e a empresa prestadora – configurando uma relação de emprego; finalmente, têm-se uma relação de trabalho, que surge do envolvimento entre o trabalhador e a empresa tomadora.

A natureza jurídica da terceirização é contratual, consistindo no acordo de vontades celebrado entre duas empresas, de um lado a contratante, denominada tomadora, e de outro, a contratada, denominada prestadora, pelo qual esta prestará serviços especializados àquela, de forma continuada e em caráter de parceria.

Como decorrência do fenômeno econômico da globalização, a terceirização passou a ser largamente utilizada em todos os países do mundo, sendo encarada como uma forma de excelência empresarial.

Como ponto positivo para as empresas, é destacada uma maior ênfase na atividade-fim, com a diminuição do núcleo produtivo e do capital imobilizado, a supressão de atividades ociosas no quadro de pessoal, que se torna mais enxuto e especializado, reduzindo o custo operacional. Entretanto, como ponto negativo para o trabalhador e, em última instância, para a sociedade, constata-se o aumento da rotatividade de trabalhadores, gerando graves sequelas sociais, além do incentivo à redução das retribuições trabalhistas e o fomento do subemprego e do mercado informal.

Com o primado da economia de mercado, terceiriza-se em massa para manter a agilidade e competitividade empresarial. Disto emergem empresas sérias, com notória especialização para competir no mercado, mas, infelizmente, surgem outras inidôneas, com o fim precípua de explorar a mão-de-obra dos trabalhadores e obter o maior lucro possível, sem qualquer responsabilidade social. Contra estas práticas é que se volta o Direito do Trabalho. Torna-se necessário traçar limites que possam assegurar a livre iniciativa, mas, ao mesmo tempo, valorizar o trabalho e assegurar a dignidade do trabalhador.

1.2 Surgimento

A terceirização surgiu em meados do século XX, nos EUA, durante a Segunda Guerra Mundial. Com a necessidade de produção crescente, a indústria bélica norte-americana, completamente sobrecarregada e sem condições de atender à demanda, foi instada a delegar serviços a terceiros para suprir a demanda por armamentos.

A saída viável para aumentar a produtividade e atender os países consumidores foi a transferência das atividades não essenciais de sua produção, ou seja, as atividades-meio, para outras empresas, afim de que pudesse se voltar para sua atividade principal.

O resultado dessa transferência da atividade-meio, que não exigia trabalhador especializado, foi a aceleração e barateamento da produção. Tal experiência acarretou uma mudança no modelo de produção tradicional.

Do modelo de produção fordista/taylorista, onde se centralizavam todas as etapas da produção sob um comando único, passou-se ao modelo toyotista, com a desconcentração industrial, o enxugamento das empresas, mantendo apenas o negócio principal, e o surgimento de novas empresas especializadas a serviço da empresa principal.

O toyotismo surgiu no Japão como uma forma de reação da indústria japonesa para evitar sua extinção devido à concorrência norte-americana. Pregava o Princípio do *Just in time*, segundo o qual os estoques devem ser reduzidos ao mínimo possível, sendo a produção regida diretamente pela demanda, o mesmo acontecendo com as matérias-primas que, também, devem ser adquiridas conforme as necessidades de produção.

A estrutura vertical do modelo fordista, em que se acreditava que quanto maior a empresa, mais forte ela seria, tomou forma horizontal no modelo toyotista, em que a empresa reduzia ao máximo seu tamanho, com o objetivo de concentrar suas forças em sua atividade principal, propiciando maior especialização, competitividade e lucratividade.

O *Just in time* também objetiva a contenção dos custos ao estritamente necessário, alcançando, assim, inclusive o trabalho humano por meio da redução da mão-de-obra ao estritamente necessário à produção, nos estritos limites da demanda.

Nesse contexto, tem-se uma flutuação do número de trabalhadores na empresa conforme o aquecimento ou desaquecimento da produção, sendo parte importante, para a sua implementação, a adoção do método *kanban* ou sistema de informação dos vários estágios da produção e de estoque, que possibilita a verificação da real necessidade de mão-de-obra ou de estoques.

O modelo Toyotista difundiu-se mundialmente, e as empresas passaram a dedicar-se exclusivamente àquilo que elas faziam de melhor, deixando os detalhes não essenciais da produção para outras empresas.

A produção enxuta mostrou-se mais rentável, já que as empresas não mais estocavam mercadorias, e propiciou um alto grau de especialização, ocasionando uma alta rotatividade dos produtos, característica do fim do século XX.

1.3 Surgimento no Brasil

A terceirização, em seus primórdios, era encarada como uma forma espúria de exploração do trabalho humano, em que o homem era considerado um mero objeto de direito em um negócio jurídico entre os detentores do capital. A expressão, inclusive, pelo qual se conhecia o instituto era *marchandâge*, que pode ser traduzida como locação de mão-de-obra.

As primeiras manifestações em território nacional datam do final da década de 1960, com a introdução da prática da terceirização nas empresas multinacionais, principalmente nas automobilísticas. Neste instante, o mecanismo sofreu certa resistência, pois as empresas estavam acostumadas com planos centralizados de organização e administração do trabalho.

Na mesma época, no âmbito das atividades estatais, foram expedidos dois diplomas que estimulavam a prática da descentralização administrativa, pela contratação de serviços executivos ou operacionais de empresas privadas. Estes textos normativos se referem ao art. 10 do Dec. Lei n. 200/67 e à Lei n. 5.645/70, esta última limitando as atividades passíveis de serem terceirizadas, as chamadas atividades-meio, trazendo rol exemplificativo destas.

Em meados dos anos 1980, aprofunda-se a terceirização por meio de inovações organizacionais nas empresas, com a adoção de tecnologias de automação, do *Just in time*, principalmente no setor automobilístico. Mas a sua intensificação ocorreu durante os anos de 1990, com a globalização. Após a

abertura econômica do país, as empresas brasileiras viram-se compelidas a buscar alternativas para aumentar a produtividade e enfrentar a concorrência das multinacionais. Como meio de diminuição de custos e otimização da produção, passaram a terceirizar serviços não essenciais, a fim de enfrentar a competitividade acirrada a que ficaram expostas.

Cabe salientar que a terceirização aprofunda-se em momentos de crises econômicas. Na busca de redução de custos, os empresários freiam as contratações e terceirizam a mão-de-obra das atividades-meio. O trabalhador, fragilizado pelo desemprego, se submete a qualquer tipo de trabalho para garantir sua subsistência.

Não obstante, também encontra guarida em países de economia forte como China e Índia, que se utilizam dessa prática para manter sua produção acelerada, onde as leis mais brandas estimulam a terceirização como sustentáculo do crescimento das exportações e de maior participação no comércio global.

1.4 Evolução jurídica da terceirização no ordenamento pátrio

As primeiras referências acerca do fenômeno ocorreram na década de 1960, mais precisamente no ano de 1967, com o Decreto-Lei n. 200, que objetivava realizar uma reforma administrativa no âmbito das entidades estatais da União, estimulando a prática da descentralização administrativa, por meio da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas componentes do segmento privado da economia.

Referida legislação gerou várias dúvidas quanto à extensão das atividades, tarefas e funções que poderiam ser objeto de terceirização na Administração Pública. A Lei n. 5.645/70 veio exemplificar alguns dos procedimentos sugeridos pelo diploma anterior, dentre eles, transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outros assemelhados. São atividades-meio, instrumentais, com o fim de evitar o inchaço do Estado.

O primeiro diploma normativo a tratar da terceirização no âmbito privado foi a Lei n. 6.019/74, conhecida como Lei do Trabalho Temporário, disciplinando a “locação de mão-de-obra” no país na atividade fim do tomador dos serviços. Disciplinava que, apenas quando o trabalho temporário fosse prestado por pessoa física, empregada de empresa de trabalho temporário, a uma outra empresa, para

atender necessidades efêmeras de substituição de seu pessoal regular ou acréscimo extraordinário de serviço, é que seria lícita tal contratação.

No ano de 1983, a Lei n. 7.102 autorizou a terceirização do trabalho de vigilância e transporte de valores para o setor financeiro. Dessa forma, instituiu a terceirização na esfera privada com caráter permanente, diferentemente da lei anterior (Lei n. 6019/74), que tinha caráter temporário, não restando dúvida acerca de sua admissibilidade no país.

Posteriormente, foi alterada pela Lei n. 8.863/94, alargando o âmbito de atuação dos trabalhadores e empresas, autorizando a contratação de serviços de vigilância, incluindo a patrimonial, de pessoas físicas e o transporte de todos os tipos de carga, bem como o transporte de valores.

No ano de 1986, o TST editou a Súmula 256, visando limitar as hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta. Devido às polêmicas a respeito da aplicação do entendimento consubstanciado em seu verbete, foi ela revisada, originando a Súmula 331, bem mais minuciosa. A referida súmula sofreu alteração no ano de 2000, visando adequar sua redação ao ditame constitucional de promoção da dignidade do trabalhador. E posteriormente, no ano de 2011, que é o foco do presente estudo.

2 AS ADEQUAÇÕES DA NORMA PÁTRIA FACE À DIFUSÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

2.1 Terceirização de serviço e terceirização de trabalho humano

É oportuno diferenciar a terceirização de serviço da terceirização de trabalho humano.

A terceirização de serviço ocorre quando certas atividades de uma empresa são realizadas por terceiros, havendo uma descentralização da cadeia produtiva. Como, por exemplo, quando uma empresa automobilística repassa para outra empresa especializada a tarefa de produção dos vidros dos automóveis.

Nesse caso, há apenas uma relação de compra e venda de produtos entre as empresas, não se configurando uma relação trabalhista triangular.

Por outro lado, na terceirização de trabalho humano, ou seja, de mão-de-obra, a relação de trabalho trilateral é evidente, uma vez que a empresa terceirizante, chamada de tomadora de serviço, contrata outra empresa, denominada fornecedora de serviço (mão-de-obra), com a finalidade de esta última fornecer trabalhadores qualificados ao desenvolvimento das atividades produtivas daquela, dentro do espaço físico do tomador, como nos casos de vigilância e limpeza. O produto da contratação é a mão-de-obra, a força de trabalho.

2.2 A teoria da flexibilização e seu reflexo no direito do trabalho

De acordo com Abdala (2008), Rafael Caldera disse que o Direito do Trabalho

não pode ser inimigo do progresso, porque é fonte e instrumento do progresso. Não pode ser inimigo da riqueza, porque sua aspiração é que ela alcance um número cada vez maior de pessoas. Não pode ser hostil aos avanços tecnológicos, pois eles são *efeitos do trabalho*. Sua grande responsabilidade atual é conciliar este veloz processo de invenções que, a cada instante, nos apresenta novas maravilhas com o destino próprio de seus resultados, que deve ser não o de enriquecer unicamente uma minoria de inventores, mas o de gerar empregos que possam atender os demais e oferecer a todos a possibilidade de uma vida melhor (CALDERA, *apud* ABDALA, 2008, p.18).

Com o objetivo de adaptar a realidade laboral às transformações econômicas e tecnológicas ocorridas principalmente após a propagação do toyotismo e do *Just in*

time, surgiu a Teoria da Flexibilização dos Direitos Trabalhistas, que, nos dizeres de Martins (2007),

é um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho (MARTINS, 2007, p.38).

No Brasil, a flexibilização do Direito do Trabalho, face à terceirização, é verificada a partir da edição de leis como, por exemplo, a Lei n. 6.019/74, que versa sobre o trabalho temporário na atividade-fim do tomador, e a Lei n. 7.102/83, que autoriza a locação de mão-de-obra para vigilância bancária.

O objetivo alardeado pelos adeptos da flexibilização é assegurar a sobrevivência das empresas face ao aumento da competição internacional, além do incentivo ao emprego. Por outro lado, a redução de direitos trabalhistas, quebrando o princípio da inderrogabilidade das normas trabalhistas, permitindo às partes contratantes disporem de seus interesses de forma diversa da prevista em lei, pode ser altamente prejudicial ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação, que perde muitos dos seus direitos trabalhistas.

A Constituição de 1988 fez alusão, em vários momentos, à flexibilização das normas trabalhistas, como ao determinar que os salários possam ser reduzidos por convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 7º, VI); ao permitir que a compensação ou a redução da jornada de trabalho possa ser feita mediante acordo ou convenção coletiva (art.7º, XIII), dentre outros.

Entretanto, a flexibilização das normas trabalhistas não é tarefa simples, pois flexibiliza também direitos individuais do trabalhador elencados em norma pétrea pela Carta Maior. Nesse contexto, muitos dos direitos são perdidos, principalmente no que diz respeito ao recebimento dos direitos trabalhistas idênticos aos que a tomadora dos serviços paga a seus empregados diretos.

Nos momentos de crise, o trabalhador se sujeita à imposição de contratos e regimes de trabalho mais flexíveis, com o temor do desemprego. Logo que demitido, recorre ao judiciário para discutir a relação de emprego.

Percebe-se que tal flexibilização não tem conseguido evitar as lides. Os inúmeros conflitos decorrentes dos contratos de terceirização de mão-de-obra

assolam o judiciário, que necessita de normas mais claras e específicas para resolver tais lides.

2.3 Análise das garantias trabalhistas e constitucionais na terceirização

Conforme Carelli (2003),

o Direito do Trabalho existe efetivamente para impor normas cogentes ou de ordem pública, inafastáveis até mesmo por acordo mútuo entre os atores da relação trabalhista, com o fim único de equilibrar as forças em jogo, que se mostram, cada vez mais, pendendo para o lado do economicamente mais forte (CARELLI, 2003, p.83).

Confrontando com o que foi exposto a respeito da flexibilização das normas pátrias face à terceirização, fica patente a mitigação da aplicabilidade de vários princípios do Direito do Trabalho. Esses princípios, que devem ser inafastáveis, são essenciais para proteção da parte mais fraca da relação de emprego, o trabalhador.

Dentre os princípios atingidos pela flexibilização da norma trabalhista com a terceirização, está o princípio da proteção, um dos pilares do Direito do Trabalho, do qual se extrai que o mesmo é um direito especial, distinto do direito comum, posto que este pressupõe a igualdade das partes, enquanto aquele tem como premissa uma situação de desigualdade, que ele se propõe a corrigir com seus outros princípios e normas.

Outro pilar atingido é o princípio da continuidade da relação de emprego. Esse princípio é uma consequência de ser o contrato de trabalho, um contrato de trato sucessivo ou de duração, sendo do interesse da sociedade manter a integração do empregado na estrutura funcional da empresa, preservando a estabilidade entre o mercado econômico e o do trabalho. O trabalhador terceirizado não é visto como uma peça fixa da empresa tomadora, sendo descartado, quando não for útil. As contratações de trabalhadores temporários impossibilitam a efetivação desse princípio.

Afeta, também, o princípio da primazia da realidade, segundo o qual prevalece a realidade fática da relação, em detrimento da forma jurídica que ela assume. A terceirização desloca a relação jurídica da posição obreiro-empresa, para figurar como obreiro-empresa terceirizante, rompendo com a realidade contratual, desmaterializando a relação.

Finalmente, atinge o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, uma vez que possibilita a rotatividade do empregado terceirizado nas empresas, o que reduz a segurança do trabalhador. O próprio mecanismo terceirizante já é um fator preponderante para a redução dos direitos trabalhistas, já que reduz o valor da força de trabalho.

Na esfera constitucional, a terceirização também colide com alguns princípios basilares, como o da dignidade da pessoa humana, da moralidade e do valor social do trabalho.

O princípio da dignidade da pessoa humana é instituído no art. 1º, III, da CF/88. O trabalho é meio essencial para o atendimento das necessidades materiais dos obreiros enquanto seres humanos, não pode a legislação reduzir estes últimos a meros fatores de produção à disposição do capital, ferindo sua dignidade.

O valor social do trabalho, assegurado no art. 1º, IV da Carta Magna elege como parâmetro para a vida do ser humano e da comunidade brasileira e para as políticas estatais o trabalho do ser humano, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, é frequentemente desrespeitado face à terceirização.

A terceirização é uma modalidade de contrato precário que, via de regra, fragmenta os direitos dos empregados terceirizados. A realidade demonstra ser freqüente a utilização de meios fraudulentos por parte das empresas prestadoras de serviços à Administração Pública com vistas a frustrar o pagamento das verbas trabalhistas devidas aos seus funcionários. Diante de tais situações infelizmente corriqueiras, o recurso às Pessoas Jurídicas de Direito Público tomadoras de serviço afigura-se como a única possibilidade viável de percepção dos referidos valores e efetivação dos direitos trabalhistas.

Romita (2007 *apud* EBERT, PAULO ROBERTO LEMGRUBER, 2007) assevera que

por ter a Constituição de 1988 elevado a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e fundante de todo o ordenamento brasileiro, fácil é atribuir aos direitos sociais a característica de manifestações dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade material porque, encarados em sua vertente prestacional (...), tais direitos têm por objetivo assegurar ao trabalhador proteção contra necessidades de ordem material, além de uma existência digna (ROMITA, 2007 *apud* EBERT, PAULO ROBERTO LEMGRUBER, 2007, p. 1).

É notório que o princípio da dignidade do ser humano é mitigado face à terceirização, visto que tal fenômeno diminui os direitos e garantias dos empregados, estimulando o subemprego.

Ao permitir-se a aplicação pura e simples do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93, negando a existência de vínculo empregatício entre os obreiros e a Administração Pública, após esta valer-se do labor daqueles em benefício próprio, estará se corroborando com o enriquecimento ilícito das Pessoas Jurídicas de Direito Público, em patente ofensa ao princípio da moralidade insculpido no art. 37, *caput*, da Carta Maior.

Tal princípio impõe à Administração Pública o dever de atuar segundo os padrões impostos pela boa-fé, pela transparência e pela lealdade, de modo a pautar suas relações jurídicas segundo o propósito de não aferir benefícios em prejuízo dos direitos de terceiros, frustrando-lhes, com isto, expectativas legítimas.

Diante do exposto, fica latente que a terceirização afronta princípios e postulados basilares da Consolidação das Leis Trabalhistas e da Constituição Federal, já que fomenta hipótese de pactuação precária de força de trabalho.

3 A SÚMULA 331 DO TST E A RELAÇÃO DE EMPREGO

3.1 Os elementos fático-jurídicos da relação de emprego

Os elementos para caracterização da relação de emprego enquanto fenômeno sócio-jurídico, nas palavras do ilustre Delgado (2010), resultam

da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sócio-jurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático-jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação (DELGADO, 2010, p.269).

Esses elementos são prestação de trabalho por pessoa física, com personalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação. Tais elementos encontram-se previstos nos art. 2º e 3º da CLT e devem se apresentar cumulativamente, para que o Direito do Trabalho brasileiro reconheça a qualidade de empregado ao trabalhador.

Pessoa física requer que o trabalho, no contrato empregatício, seja prestado por pessoa natural.

Pessoalidade significa que o trabalho deve ser prestado pessoalmente, com caráter de infungibilidade. Dessa forma, o prestador de serviço não pode ser substituído intermitentemente por outro trabalhador, pois é *intuitu personae*. Não pode ser transmitido a seus sucessores e herdeiros.

Habitualidade ou não eventualidade pressupõe que o trabalho prestado tenha caráter de permanência, não se qualificando como esporádico. Está ligada à idéia de trabalho prestado de forma contínua (mesmo que por um curto período determinado).

Onerosidade implica na expectativa do empregado de receber uma contraprestação pecuniária pela sua força de trabalho, consubstanciada no conjunto salarial. Esse elemento é de extrema importância, pois não havendo o ânimo econômico por parte do trabalhador, não ficará caracterizada a relação empregatícia, como ocorre nos casos de trabalho voluntário.

Subordinação é o elemento de maior importância na conformação do tipo legal da relação empregatícia. Pode ser definida como o estado de dependência jurídica em que o empregado encontra-se subordinado ao empregador, por força de

contrato de trabalho. Caracteriza-se pela dependência e obediência do obreiro face ao empregador, sem a possibilidade de direcionar o processo da prestação da atividade para a qual foi contratado.

Portanto, preenchidos simultaneamente os elementos fático-jurídicos descritos anteriormente, o trabalhador será juridicamente reconhecido como empregado.

3.2 Licitude da terceirização e sua aplicabilidade

As hipóteses de terceirização lícitas permitidas pelo ordenamento jurídico são excetivas. Estão assentadas no rol taxativo da Súmula 331 do TST. Assim, considera-se terceirização lícita aquela que preenche os requisitos legais e as hipóteses permissivas do Enunciado 331 do TST.

Para Delgado (2010), as hipóteses de terceirização lícita se dividem em quatro grupos. São elas:

I – Trabalho Temporário, regulado pela lei 6.019/74 e inciso I do Enunciado 331 do TST. Abarca as possibilidades de contratação de trabalho temporário nos casos de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou nos casos de necessidade advinda do acréscimo extraordinário e inesperado de serviços dessa empresa;

II – Serviço de Vigilância, regulado pela Lei n. 7.102/83 e pelo inciso III do Enunciado 331 do TST. Permite a contratação de serviço de vigilância não só ao setor bancário, mas também aos demais segmentos do mercado de trabalho, por meio de empresas especializadas;

III – Serviço de Conservação e Limpeza, dispostos inicialmente pela Lei n. 5.645/70, e pelo inciso III da Súmula 331 do TST; e

IV – Serviços Especializados ligados a atividade-meio do tomador. Embora não discrimine as atividades, estas se caracterizam por serem acessórias, não sendo objeto da atividade nuclear do tomador de serviço, isto é, não são atividades-fim do tomador.

O ilustre jurista (2010) exalta a distinção de atividade-meio e atividade-fim prevista no enunciado, conceituando-as conforme se segue:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial

do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços (DELGADO, 2010, p.425).

Além de respeitar as hipóteses permissivas do Enunciado 331 do TST, é necessário cumulativamente a inexistência de pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador perante a empresa tomadora de serviços, exceto no caso dos trabalhadores temporários, que apresentam os elementos fático-jurídicos acima.

Excluídas as situações-tipo discriminadas pela Súmula 331 do TST, qualquer terceirização será ilícita e ensejará a responsabilidade jurídica do tomador de serviços pela relação laboral estabelecida, caracterizando a fraude da terceirização.

3.3 A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços na terceirização

A terceirização dos serviços, mesmo com reconhecidas vantagens econômicas para as empresas, pode acarretar enormes prejuízos para os trabalhadores, quando estes são contratados por firmas inidôneas, sem qualquer estrutura financeira, interessadas tão somente no lucro, à custa dos direitos trabalhistas do obreiro, que tem sua força de trabalho aviltada.

Quando uma empresa contrata outra empresa, prestadora de serviço, para que lhe forneça mão-deobra especializada na atividade-meio da tomadora, sendo que, na realidade, a atividade exercida pelo prestador de serviço é preponderantemente uma atividade-fim da empresa tomadora, estará caracterizada a fraude trabalhista.

A terceirização ilícita e fraudulenta acarreta a precarização dos direitos trabalhistas e a subordinação dos prestadores às tomadoras de serviços, formando o derradeiro vínculo empregatício entre a empresa tomadora e o trabalhador terceirizado. Conforme inciso I da Súmula 331 do TST, o vínculo laboral com o empregador aparente (empresa locadora de serviço) se desfaz, formando-se o vínculo justrabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços

(empregador oculto), sendo-lhe devido o pagamento de todas as verbas trabalhistas que lhe couberem enquanto empregado da tomadora.

A discussão da responsabilidade subsidiária tem extrema importância porque são inúmeros os casos de ações trabalhistas em que os trabalhadores pleiteiam o pagamento de verbas trabalhistas e reparações acidentárias, que são reconhecidas em juízo, mas as empresas terceirizadas, prestadoras de serviços, não têm idoneidade financeira para suportá-las, ficando os trabalhadores somente com uma certidão judicial sem valor econômico. Ademais, não são raras as situações em que as empresas prestadoras de serviços são tão deficientes economicamente quanto os trabalhadores prejudicados, pois na verdade são meros prepostos do capital, que cada vez mais busca seus intentos de lucro com repasse de suas responsabilidades para terceiros.

A terceirização revela em sua acepção a real intenção do empresariado de transferir a terceiro, a posição de empregador na relação empregatícia, com o claro objetivo de redução dos custos de produção, por meio do afastamento da responsabilidade sobre os encargos e obrigações trabalhistas.

Por isso, o Direito do Trabalho, por meio da Súmula 331, inciso IV, estabelece que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações. Cabe salientar que tal responsabilidade é objetiva e está presente nos casos de terceirização lícita. Basta que o tomador tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

O trabalhador não poderá ser prejudicado pela inadimplência do seu empregador. Comprometida financeiramente a prestadora de serviços, caberá à tomadora efetuar o pagamento das verbas devidas ao trabalhador em relação ao período em que este se beneficiou do seu labor.

Ressalve-se que a responsabilidade é subsidiária, somente sendo executado o tomador dos serviços nos casos em que a empresa de trabalho temporário não tenha bens ou ativos financeiros capazes de saldar a dívida trabalhista. A responsabilidade subsidiária do tomador decorre da sua culpa *in eligendo*.

Adentraremos no escopo do presente estudo, que é a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

3.3.1 A responsabilidade subsidiária da administração pública

A permissão para a contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública encontra-se prevista no Dec. Lei n. 200, de 1967, que estabelece que a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Com grande frequência, empresas se estabelecem na esfera comercial, constituindo-se como pessoas jurídicas perfeitamente lícitas, destinadas ao fornecimento de mão-de-obra, ofertando seu “produto” que, em síntese, é a prestação de serviço, contratam com a tomadora por um lapso temporal determinado a execução de um serviço específico, nos moldes da Súmula 331 do TST. Ocorre que, no decorrer da prestação do serviço, se desconstituem como pessoa jurídica, deixando seus empregados sem os direitos trabalhistas pertinentes.

A situação se agrava quando o tomador de serviços é um ente público. Nesses casos, uma especificidade imposta pela Constituição Federal é obstáculo à concretização das garantias dos trabalhadores e suscita acalorados debates entre os doutrinadores e aplicadores do Direito. Em seu art. 37, inciso II e §2, a Magna Carta obstaculiza o reconhecimento de vínculo empregatício com entes da administração pública, ainda que configurada a ilicitude da terceirização. Impõe como requisito insuplantável para a investidura em cargo ou emprego público, a aprovação mediante concurso público.

Tal vedação constitucional encontra-se absorvida pelo inciso II da Súmula 331 do TST, gerando três posições interpretativas acerca do problema, como discorre Delgado (2010):

Em um primeiro polo extremado, sustenta-se que, à medida que a terceirização ilícita por entidades estatais não gera vínculo empregatício (em virtude da vedação constitucional), não teria ela também aptidão para produzir qualquer diferença justrabalhista em benefício do trabalhador ilicitamente terceirizado. Observe-se que aqui não se trata de negar comunicação remuneratória à terceirização lícita. Trata-se, ao revés, de negar comunicação remuneratória à prática trabalhista ilícita, beneficiando os sujeitos favorecidos pela ilicitude perpetrada – o que é sumamente grave, do ponto de vista da cultura jurídica contemporânea.

A segunda posição sustenta que a prática ilícita não poderia beneficiar aquele que já foi por ela economicamente favorecido (no caso, a entidade estatal tomadora de serviços). Desse modo, considera que a presente

situação figurada não foge à situação-padrão de nulidade no Direito do Trabalho, sofrendo os efeitos comuns ao ramo justralhista: convalidam-se todos os atos praticados, conferindo-se validade ao vínculo jurídico com o ente estatal tomador dos serviços, que assume, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada.

A terceira corrente adota caminho hermenêutico que se coloca em linha equidistante às duas vertentes polares acima descritas. Reconhece a presente linha interpretativa que a primeira vertente tem o mérito de conferir eficácia ao comando constitucional inquestionável de negativa de vínculo empregatício sem concurso público (ajustando-se assim, também, ao texto da Súmula 331, II do TST). Mas padece da falha de compreender que pode a ordem jurídica conferir tratamento privilegiado ao ato ilícito. Já a segunda vertente teria o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favorecesse irrefreadamente aquele que já foi beneficiado pelo trabalho despendido. Em contrapartida padece da falha de fazer absoluta tabula rasa do texto constitucional, negando qualquer mínima eficácia à salutar vedação nele contida.

[...]

Entretanto, para a corrente intermediária permanecer o dilema de compatibilizar-se, harmonizar-se a vedação constitucional ao reconhecimento de vínculo empregatício com entidades estatais sem concurso público (art. 37, II e § 2º, CF/88) com inúmeros outros princípios e regras constitucionais tão relevantes quanto a regra vedatória obedecida (DELGADO, 2010, p.430-431).

Na tentativa de pôr fim aos conflitos trabalhistas gerados pela lacuna na legislação, o TST alterou o inciso IV da Súmula 331 no ano de 2000, fixando a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, incluindo a possibilidade de figurar no polo passivo os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que tenham participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

A controvérsia continuou, visto que os defensores da irresponsabilização do Estado afirmavam que a alteração da referida Súmula ia de encontro ao artigo 71, § 1º da Lei n. 8.666/93, que dispõe:

§ 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.

A princípio, este dispositivo legal isenta a Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, de qualquer responsabilidade perante o empregado, quando o verdadeiro empregador, o prestador de trabalho temporário inadimplente com suas obrigações.

O fundamento dessa norma é o de que se o órgão público, beneficiado com o labor, observou os ditames legais quando procedeu à necessária licitação, não poderá, posteriormente, ser penalizado por culpa alheia.

Entretanto, o TST não corroborou com tais alegações, por diversos motivos. Dentre eles, o fato de a Lei n. 8.666/93 assegurar à Administração Pública uma série de cautelas para se evitar a contratação de empresa inidônea e para se garantir quanto ao descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços, como demonstra Abdala (2008):

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

III – qualificação econômico-financeira;

(...)

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I – balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, (...);

(...)

§ 1º A exigência de indicadores limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato.

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

(...)

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, por meio do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo que tenha dado início ao processo licitatório.

Além disso, está a Administração Pública autorizada a exigir a prestação de garantia nesse tipo de contratação por meio de caução em dinheiro ou mesmo de fiança bancária, tal como previsto no § 1º do art. 56 desta Lei (ABDALA, 2008, p.23).

Conclui o ilustre Ministro (2008):

Ora, se a Administração Pública observa todas essas prescrições da lei, não correrá o risco de contratar uma empresa inidônea.

Se, no entanto, assim não age, emerge clara a *culpa in eligendo* da Administração Pública.

Mas há mais. O art. 58 deste mesmo diploma legal outorga à Administração

Pública a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato, e o art. 67 seguinte estabelece que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração.

Então, pode e deve a Administração fiscalizar continuamente o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada, por intermédio de exame de recibos de pagamento, comprovantes de recolhimentos de depósitos de FGTS, de obrigações fiscais, etc.

Aqui, pontifica-se a *culpa in vigilando* da Administração Pública ao omitir-se nesta fiscalização. Isso tanto mais se agrava, quanto se considere o elevado número de ações trabalhistas contra empresas de prestação de serviços e de execuções frustradas, porque nem pagam espontaneamente nem são encontrados bens delas capazes de satisfazer o valor da condenação (ABDALA, 2008, p.24).

Ademais, a Carta Magna estabelece em seu art. 37, § 6º, o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, em relação aos danos causados por seus agentes contra terceiros, resguardando-se às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado, desde que prestadoras de serviços públicos, o direito à ação regressiva contra o responsável pelos danos.

A regra constitucional deve nortear os julgadores, operadores do Direito, afim de que a Administração Pública restitua os prejuízos sofridos pelo terceiro prejudicado, no caso, o trabalhador.

Além disso, a culpa, nesses casos, é presumida, sendo vista sob a ótica da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*, dizendo respeito, respectivamente, ao presumido erro no procedimento licitatório, que culmina com a contratação de uma empresa inidônea economicamente e pelo dever incumbido ao ente público de fiscalizar a execução do pacto pela empresa contratada.

A culpa da Administração Pública é perfeitamente admissível, já que, durante a vigência do contrato, cabe à Administração Pública acompanhar sua execução, isto é, zelar para que o contratante particular execute da melhor maneira tudo o que foi pactuado.

A Súmula 331 do TST determinava a responsabilidade do Poder Público, na terceirização, fundada na presunção absoluta da culpa, ou seja, responsabilidade objetiva, bastando tão só o inadimplemento das obrigações trabalhistas.

No ano de 2011, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações). O comando legal prevê que o inadimplemento das obrigações trabalhistas na terceirização não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

O TST, dessa forma, foi compelido a alterar a redação de sua Súmula 331.

3.3.2 A nova redação da Súmula 331 do TST e a proteção do trabalhador

Após o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, pelo STF, a Súmula 331 do TST sofreu alterações no verbete de seu inciso IV e a inclusão de dois novos incisos, ficando com a seguinte redação:

- IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
- V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
- VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Esta nova redação não unifica os entendimentos a respeito da responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

A corrente defensora da tese de que prevalece em favor do Estado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não havendo como vislumbrar-se a sucumbência do ente público perante o interesse do particular em detrimento de toda a coletividade em razão da inadimplência da empregadora do mesmo, comemorou a alteração da Súmula após o julgamento do STF.

Tal corrente entende que a Excelsa Corte firmou posicionamento no sentido da inexistência de amparo legal que autorize a imputação à Administração Pública de responsabilidade objetiva pelos danos causados por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público contratada ou seus empregados, pois não são os agentes públicos que, nessa qualidade, vem a causar danos a terceiros como previsto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, mas empregados da empresa contratada pela Administração Pública em regular processo licitatório.

Ademais, argumenta que ocorrendo a contratação lícita da empresa prestadora de serviço pela Administração por meio de regular licitação, como previsto no art. 37, XXI, CF/88, não haverá possibilidade de condenação da

Administração pela má eleição da empresa contratada se atendidas todas as condições previstas na Lei nº 8.666/93 e no edital do certame, haja vista que a referida contratação não se traduz em ato discricionário do administrador público, com margem de liberdade de decisão diante do caso concreto segundo critérios de oportunidade e conveniência, além de justiça e equidade, mas sim em ato vinculado, pois a lei não deixou alternativas, vindo a estabelecer que diante daquela situação a Administração deve pautar-se de forma regrada, tendo em vista que as imposições legais absorvem, quase que inteiramente, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica restrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa.

Por outro lado, a corrente defensora da responsabilização do ente público não arrefeceu, pois o STF sinalizou que não é possível aplicar as regras da responsabilidade objetiva ou, fundada na mera presunção de culpa *in vigilando*. Mas isso não impede, segundo o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, “que o TST possa reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”, pois o “STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”.

Nas palavras de Bramante (2011),

A declaração de constitucionalidade da Lei n. 8.666/93, artigo 71, parágrafo 1º, pelo STF, foi feita *in abstracto*, desvinculado de qualquer caso concreto, na consideração de um processo de licitação em condições de legalidade e normalidade. Portanto, não constitui *salvo conduto* ou *incondicional ausência de responsabilidade pelos danos à que deu causa a Administração Pública*, por meio de contratação precedida de procedimento licitatório. Se restar provado que a Administração Pública, por seu agente público, de qualquer modo, concorreu com descumprimento da legislação trabalhista, atrai a responsabilidade pelos débitos trabalhistas (BRAMANTE, 2011, p.3).

O consenso no julgamento foi de que o TST não poderá generalizar os casos. Dessa forma, o Judiciário Trabalhista deverá perquirir a verdade real, ou seja, investigar, com rigor, se a inadimplência dos direitos trabalhistas pelos contratados, fornecedores de mão de obra, teve como causa principal, direta ou indireta, a inexecução culposa ou a omissão culposa na fiscalização do cumprimento do contrato de licitação, pelo ente público contratante.

Neste diapasão, a questão foi deslocada para o caso concreto, para o contexto fático-probatório, com relevo para o ônus da prova, da análise das provas

inferidas dos fatos, do nexu causal, da culpa, e do dano e sua extensão (art. 333, CPC e art.818, CLT). Portanto, é essencial a prova da ilicitude, fraude, inexecução culposa, ou omissão na fiscalização do contrato de licitação por parte da Administração. O Juiz decidirá de acordo com o livre convencimento motivado, cujo ônus é expor o raciocínio e as razões de decidir fundamentadamente.

Conclui-se, pois, que a declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei n. 8.666/93, não impede a fixação da responsabilidade da Administração Pública na terceirização, no caso concreto, à luz das circunstâncias e provas, visando resguardar os princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho (art. 1º, III, IV da CF/88), sendo plenamente compatível com a decisão do STF. Ocorrendo nexu causal, não obsta o reconhecimento da responsabilidade do Poder Público, ainda que subsidiária, por conta da aplicação de outras normas previstas no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o art. 37, XXI, da CF/88, determina a exigibilidade de o Poder Público observar o procedimento licitatório para celebrar contratos com particulares e, nos termos da lei geral que regula as licitações. A seu turno os artigos 27; 58,III; 67, *caput* e § 1º, da Lei 8666/93, comandam a responsabilidade na fiscalização da execução do contrato de licitação. Se o Administrador Público não cumpre as obrigações constitucionais e legais a seu cargo, no dever de fiscalizar o contrato firmado, seja em sua celebração, bem como durante todo o período de execução, qualquer lesão daí oriundo, acarreta a sua responsabilização, por danos causados a terceiros (BRAMANTE, 2011).

O dever do Administrador é de fiscalizar, tanto na celebração do contrato, como em sua execução, razão pela qual sua ação ou omissão gera, inexoravelmente, como consequência, o dever de reparar os danos decorrentes de seu desleixo no cumprimento do dever constitucional e legal imposto.

Pelo exposto, conclui-se que, nada impede o Judiciário Trabalhista, independente da existência, validade, invalidade ou revogação, do item IV, da Súmula 331 do TST, de continuar julgando, cada caso concreto, e apurar e decidir acerca da responsabilidade dos entes públicos na terceirização.

CONCLUSÃO

Da presente pesquisa se depreende que a terceirização é uma forma moderna das relações de trabalho desencadeada pela dinâmica econômico-social do mundo contemporâneo, firmando raízes não só no Brasil, mas em todo o mundo.

Resta ao Direito do Trabalho assimilá-la e normatizá-la conforme os princípios constitucionais e trabalhistas pátrios, não devendo ignorá-la, pois é uma realidade inexorável.

O Poder Judiciário deve manter-se alerta para evitar as fraudes e os abusos oriundos das terceirizações, principalmente quando envolver a Administração Pública.

Formada a lide, faz-se necessário frisar que, embora não seja reconhecido o vínculo funcional com a Administração Pública decorrente da aprovação em concurso público regular, o trabalhador dispensou sua força de trabalho em favor desta última, razão suficiente para fazer jus à percepção de contraprestação pelos serviços prestados, seja por parte da empresa prestadora ou do ente tomador.

Além disso, o conceito de trabalho e seu respectivo valor social, elencado pela Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, para além de significar a força motriz da economia nacional, abarca, igualmente, o modo pelo qual o trabalhador assegura sua existência digna enquanto ser humano.

Portanto, se a sociedade como um todo, espera da Administração Pública a atuação em defesa do interesse público e da ordem social - aí incluídos, evidentemente, os direitos trabalhistas, tem-se que a adoção de uma postura omissa do Estado quanto à fiscalização das empresas prestadoras de serviços por ele contratadas configura violação às expectativas legítimas dos trabalhadores e dos cidadãos em geral tuteladas pelo princípio da boa-fé.

Destarte, o postulado da boa-fé, corolário do princípio da moralidade, exige da Administração Pública uma conduta de constante fiscalização das empresas contratadas, não só durante a execução dos respectivos contratos, mas também antes de seu estabelecimento. Falhando o Estado nesse intento, torna-se plenamente razoável supor que caberá a si a responsabilidade subsidiária pelo

inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por aqueles que se encontravam em sua esfera de vigilância.

Do contrário, ao firmar contratos com as sobreditas empresas com consciência de tal possibilidade e, o que é pior, na crença de que o ordenamento jurídico estaria a coadunar com a inexistência de responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos àqueles obreiros, a Administração Pública assume postura totalmente atentatória à boa-fé, corolário do princípio constitucional da moralidade.

Assim, se os "hábitos", os maus "costumes" e o "*modus operandi*" de grande parte das empresas prestadoras de serviço são notoriamente conhecidos pela Administração Pública, não pode esta, por mais essa razão, firmar contratos com tais empresas sem tomar as devidas cautelas e se locupletar de força de trabalho não remunerada, sob pena de coadunar com tal prática lesiva aos direitos dos obreiros.

Pelo exposto nesse trabalho, observa-se que a problemática em discussão ultrapassa a aplicação pura e simples do art. 37, II, da Carta Magna, tal como querem fazer crer os críticos da Súmula 331 do TST. Pelo contrário, a postura da Administração Pública em face das obrigações trabalhistas dos terceirizados supõe a incidência, ao lado do referido dispositivo constitucional, dos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da moralidade, que devem ser protegidos pelo STF, o guardião da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

ABDALA, Vantuil. **Terceirização: normatização - questionamentos.**2008.Disponível em:<http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_74/rev_74_4/abdalavantuil.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2011.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_74/rev_74_4/belmontealexandreagra.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2011.

BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18479>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2011.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2011.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9.ed., São Paulo: Ltr, 2010.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. **A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1631, 19 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10779>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Paulo Ricardo Silva de. **Terceirização e precarização do trabalho humano.**<http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_74/rev_74_4/moraespauloricardosilvade.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2011.

SANTOS, Daniel Guarnetti dos. **As repercussões jurídicas do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 em face da Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2742, 3 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18167>>. Acesso em: 03 nov. 2011.

Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12332&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 12 out. 2011.