



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA
RESPONSABILIDADE**

por

ALINE CRISTINA SILVA DOS SANTOS

ORIENTADOR: Irineu Zibordi

2010.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA RESPONSABILIDADE

por

ALINE CRISTINA SILVA DOS SANTOS

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Irineu Zibordi

2010.2

Àqueles que me criaram e educaram com todo o amor e o carinho que possam vir a existir na face da Terra. Carlos e Selma, amor por vocês é muito pouco: eu os venero incomensuravelmente.

“Não delireis nos vossos triunfos. Para não arrefecerdes, imaginai que podeis vir a saber tudo; para não presumirdes, refleti que, por muito que souberdes, mui pouco tereis chegado a saber”.

Rui Barbosa

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Carlos e Selma, que, por toda a vida e em todos os momentos, estiveram ao meu lado, orientando-me e me dando apoio em todas as minhas decisões. Hoje, reconheço e agradeço por todas as vezes em que foi necessário repreender para educar e, igualmente, quando me ajudaram a ter forças para suportar e superar momentos difíceis. Devo a vocês todas as minhas vitórias e todas as que virão.

Aos meus familiares, em especial meus avós, D. Nadir e Sr. Sebastião (*in memoriam*) e D. Maria José e Sr. Maximiliano (*in memoriam*), por toda a sabedoria que deles recebi, o que me fez ser uma pessoa melhor. À Amélia, minha outra mãe, por todos os gestos de afeto, de amizade e de preocupação, que contribuíram para a minha educação e para o meu crescimento pessoal.

Ao mestre Irineu Zibordi, sem o qual não teria orientações suficientes para a elaboração de um trabalho de boa qualidade. Agradeço pela prestimosidade e disponibilidade durante todos esses meses de dedicação.

Às minhas diletas amigas de faculdade, Joana, Maria, Natasha, Paula, Márcia e Aline, agradeço pelo privilégio do convívio e pelas inúmeras ajudas durante toda a nossa jornada acadêmica. A minha admiração por todas é um estímulo para que se mantenha viva a nossa sincera e divertida amizade.

Ao Bruno, tão especial e único, agradeço pela força, pela paciência, pelo carinho e por me apoiar durante toda essa trajetória. Cada palavra sua foi de extrema importância para seguir firme e confiante.

A todos aqueles que torceram por mim de alguma forma e que aqui não mencionei, muitíssimo obrigada.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o conceito, caracterização, funcionamento, hipóteses de incidência, implicações e efeitos da terceirização trabalhista, bem como as situações específicas relacionadas à seara da Administração Pública e sua correlata responsabilidade subsidiária.

Para que se compreenda claramente o sentido do referido fenômeno, deve-se partir, primeiramente, da evolução legislativa, efetuando-se uma análise desse elemento no âmbito privado, passando-se, logo após, ao campo do Direito Administrativo e, finalmente, chegando-se à terceirização no setor público. Caberá, a partir de então, a discussão da ação do administrador e os procedimentos administrativos que são adotados nas contratações de empresas terceirizadas, bem como a posição do empregado frente a essa relação trilateral, incomum no Direito do Trabalho.

A Súmula 331, do TST será abordada ao longo de todo o trabalho, mediante a devida interpretação sistemática de cada um de seus incisos e formulando-se discussões acerca dos temas polêmicos.

A responsabilidade subsidiária da Administração Pública, objeto de grande controvérsia doutrinária, merece atenção especial nos dias atuais, haja vista a presença frequente da terceirização no âmbito do Poder Público.

Palavras-chave: Terceirização; Administração Pública; empresa interposta; tomador de serviços; atividades-meio; Súmula 331 do TST; responsabilidade subsidiária.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO.....	14
1.1 Do Estado Liberal ao Estado Neoliberal: aspectos global e nacional.....	14
1.2 Conceito de terceirização <i>lato sensu</i>	16
1.3 Evolução legislativa e jurisprudencial no Direito Pátrio	16
1.3.1 Modalidade de Subcontratação na CLT: art. 455.....	16
1.3.2 Terceirização na Administração Pública	17
1.3.3 Leis 6.019/1974 e 7.102/1983 e a Súmula 256/TST	17
1.3.4 A Constituição de 1988.....	20
1.3.5 As Leis 8.036/1990 e 8.212/1991	20
1.3.6 A Lei n. 8.666/93	21
1.3.7 A Súmula n. 331 do TST.....	22
1.3.8 Lei 8.949/94 e o art. 442, parágrafo único, da CLT.....	22
1.3.9 Lei 8.949/1994 e Lei 9.472/1997	23
2. TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO	25
2.1 Conceito aplicável à seara trabalhista.....	25
2.2 A Súmula n. 331, I e III, do TST	26
2.2.1 Inexistência de pessoalidade e subordinação.....	28
2.3 Classificação da Terceirização	29
2.3.1 Quanto ao Objeto: atividade-fim e atividade-meio.....	29
2.3.2 Quanto aos efeitos: lícita e ilícita.....	35
2.3.3 Quanto à duração: temporária e permanente	37
2.3.4 Quanto à responsabilidade: solidária e subsidiária	38
2.3.5 Quanto à natureza da atividade: pública ou privada.....	39
3. A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	41

3.1	Notas sobre a Administração Pública	41
3.1.1	Princípios da Administração Pública pertinentes à terceirização	41
3.1.2	Do Serviço Público	48
3.1.3	Princípios do Serviço Público que interessam à terceirização	49
3.1.4	Da Licitação	53
3.2	Evolução legislativa na Administração Pública.....	56
3.2.1	Decreto-Lei n. 200/67	56
3.2.2	Lei n. 5.645/70	59
3.2.3	Decreto 2.271/97.....	60
3.3	A Súmula 331, II do TST	61
3.4	A Orientação Jurisprudencial n. 383 da SDI-1	63
3.5	O Art. 19 do ADCT	64
3.6	A Súmula n. 363 do TST.....	66
3.7	Providências Estatais Cabíveis para a Proteção do Patrimônio Público	68
4.	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NAS TERCEIRIZAÇÕES DE SERVIÇOS	69
4.1	Noções de Responsabilidade Civil do Estado	69
4.1.1	Histórico.....	69
4.1.2	A Responsabilidade Civil Estatal conforme o Direito Civil	70
4.1.3	A Responsabilidade Civil Estatal na Constituição Federal.....	72
4.1.4	Caracterização da Responsabilidade Civil Objetiva.....	73
4.2	A Súmula 331, IV do TST	75
4.3	A Orientação Jurisprudencial n. 382 da SDI-1	79
4.4	A divergência entre a Súmula 331, IV do TST e o art. 71, da Lei 8.666/93	79
4.4.1	Art. 71 e parágrafos da Lei 8.666/1993	80

4.4.1.1	Nota Técnica nº 229/AACF/PGF/AGU/2009: crítica à responsabilidade subsidiária estatal....	82
4.4.1.2	Adeptos da aplicação da Súmula n. 331, IV do TST	83
4.5	Notícias do TST sobre a controvérsia da Lei de Licitações com a Súmula n. 331, IV, do TST.....	89
4.6	Da Ação Declaratória de Constitucionalidade do Art. 71. §1º da Lei n. 8.666/93	91
5.	CONCLUSÃO.....	94
	BIBLIOGRAFIA.....	97

ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AIRR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
Art.	Artigo
CCB	Código Civil Brasileiro
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Emenda Constitucional
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
Ibid.	<i>Ibidem</i>
LC	Lei Complementar
Min.	Ministro
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
NT	Nota Técnica
OJ	Orientação Jurisprudencial
Op. Cit.	<i>Opus citatum</i>
Rel.	Relator
Res.	Resolução
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RO	Recurso Ordinário
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
SDI-1	Seção Especializada em Dissídios Individuais 1
T.	Turma
TP	Tribunal Pleno
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho se transforma de acordo com as mudanças que ocorrem na realidade social. Ignorá-la significa não atingir os objetivos propostos pela legislação trabalhista, visto que não se pode se limitar aos aspectos formais da Consolidação das Leis do Trabalho. As relações jurídicas, sociais e econômicas se alteram constantemente, devendo o Direito acompanhar todo o desenvolvimento na sociedade, visando a conferir ao povo o bem imaterial mais importante de todos: a justiça.

A crise do Estado Social de Direito, a internacionalização do processo produtivo e a afirmação do Neoliberalismo foram alguns dos motivos que obrigaram os países a adotar comportamentos distintos em todos os ramos e a passar a exercer atividades compatíveis com as demandas atuais. Especificamente em relação ao Brasil, a terceirização surgiu na década de 50, ganhando forças na década de 70, por meio da contratação de serviços de limpeza e conservação.

Diante da intensa globalização que vem ocorrendo, especialmente nos últimos cinquenta anos, muitos institutos passaram a compor o ordenamento jurídico pátrio. Além disso, a própria dinâmica acabou por requerer flexibilizações nas relações trabalhistas, exigindo, também, esforços por parte dos magistrados, aos quais compete aplicar a lei ao caso concreto, mas também à realidade, inclusive nos assuntos sobre os quais ainda não há regulamentação.

Assim, o fenômeno da terceirização é fruto desse dinamismo de um mundo globalizado e vem crescendo assustadoramente nos últimos anos, tanto no âmbito público quanto no privado, embora não haja legislação específica acerca do seu conteúdo.

A expressão *terceirização* é resultante de um neologismo, que vem da palavra *intermediário*, *terceiro*. Em seu sentido amplo, significa transferir uma parcela (ou o total) de suas atividades ou serviços a terceiros.

Sua importância guarda relação com a necessidade de especialização de certos serviços, além de desincumbir a empresa de se preocupar com atividades que não são centro de suas funções. Trata-se, pois de uma descentralização de serviços, em que o tomador contrata uma empresa intermediária, que oferece a mão-de-obra estipulada contratualmente.

No Brasil, inicialmente, eram admitidas como modalidades de intermediação de mão-de-obra a empreitada e a subempreitada, o trabalho temporário, a vigilância bancária, inclusive sumulado no Enunciado n. 256 do TST. No campo público, os principais dispositivos legais são, primeiramente, o Decreto-Lei 200/67 (art. 10) e a Lei n. 5.465/70, que determinou quais atividades poderiam ser objeto de “execução indireta”.

Mais tarde, o que se observou foi a prática de terceirizações sobre objetos que sequer se incluíam nas hipóteses previstas em lei. Nesse contexto, dá-se o advento da Súmula n. 331, do TST, em 1993, que esclareceu pontos até então confusos e controversos, destacando-se, em primeiro lugar, o estabelecimento da diferenciação entre as atividades-meio, tarefas, acessórias, secundária, que não se confunde os objetivos principais da empresa tomadora, apenas complementando-as, e atividades-fim, aquelas funções que compõem o núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Algo que também merece destaque é o seu inciso IV, que determina a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços frente ao inadimplemento da empresa intermediária. A Res. 96/2000 alterou o seu texto, obrigando também a Administração Pública direta, as autarquias, fundações públicas, as empresas públicas e sociedades de economia mista

ao pagamento dos encargos trabalhistas, em sede de responsabilidade subsidiária.

Mesmo diante da consolidação de um entendimento dos tribunais, o tema permaneceu controverso, em especial ante a redação do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/1993, que afastava a responsabilidade do Poder Público no descumprimento do contrato pela empresa interposta.

No campo privado, há pouco o que se discutir sobre a terceirização, pois as relações entre particulares são dotadas de mais autonomia, embora haja a tutela aos direitos e interesses do trabalhador. Porém, quando o assunto abrange a Administração Pública nacional, o tema é polêmico e tem sido cada vez mais debatido pelos estudiosos do ramo do Direito do Trabalho, mas também pela doutrina de Direito Administrativo.

Diversos críticos entendem que a modalidade de contratação terceirizada seria um instrumento que facilitaria práticas fraudulentas e que burlam a necessidade de aprovação em concurso público, regra prevista no art. 37, II da Constituição Federal. Defendem também a aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, frente à Súmula n. 331 do TST, afirmando não ter esta força de lei, além de colocar em xeque o interesse público, dente outros fundamentos.

A corrente doutrinária que apoia a aplicação do Enunciado n. 331 do TST entende que a natureza do salário recebido pelo empregado é alimentar, tendo o tomador (independe se a pessoa jurídica é de Direito Público ou de Direito privado), portanto, o dever de pagá-lo, quando do inadimplemento de outrem. Entende-se também que a condenação subsidiária da Administração Pública se deve à culpa *in eligendo* (culpa na escolha da empresa contratada) e à culpa *in vigilando*, ou seja, não se fiscalizou devidamente o contrato.

Uma vez traçado o arcabouço introdutório, cabe analisar e discutir os aspectos relacionados à terceirização na Administração Pública nos capítulos que se seguem.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

1.1 Do Estado Liberal ao Estado Neoliberal: aspectos global e nacional

O liberalismo surgiu no fim do século XVIII, no contexto da Revolução Francesa, como uma forma de reação ao estado absolutista, opressor, visando à separação de poderes, limitação do poder político dos governantes e, em especial, o Estado Mínimo, qual seja, aquele cujas funções prestadas à sociedade se limitam ao mínimo possível, marcado por uma postura negativa, dada a proibição de afronta aos direitos e liberdades individuais e da intervenção na ordem socioeconômica. Entretanto, foi necessária uma maior atuação estatal para a consolidação do regime de acumulação capitalista, a correção do mercado e a garantia da liberdade contratual, o que ocorreu no século XIX, com um modelo intervencionista, mas o Estado apenas passou a atuar de forma mais positiva, não tomando o completo controle da economia.

Mais tarde, a Primeira Guerra Mundial trouxe graves desequilíbrios socioeconômicos, demandando uma postura muito mais ativa por parte do Estado, em uma busca constante de reequilibrar a sociedade e a economia e de superar a contradição entre igualdade jurídica e desigualdade social, levando ao surgimento do Estado de Bem-Estar Social, ou seja, a conciliação do liberalismo com o intervencionismo Estatal na ordem econômica e na propriedade privada nos meios de produção. Portanto, a mera intervenção estatal nas políticas econômicas foi se ampliando e se tornou também um garantidor de políticas públicas, assumindo um número crescente de atividades econômicas, que envolve o desenvolvimento das ideias de bem comum, interesse público e justiça social. Nesse contexto, começam a ser observadas algumas manifestações de transferência de parte dos serviços a terceiros contratados.

Mas foi no período pós Segunda Grande Guerra que o fenômeno da terceirização, ainda de forma muito discreta, consolidou-se, dada a intervenção relevante do Estado nas mais diversas searas, pública e privada, agindo este como um verdadeiro agente econômico, não mais como um mero regulador, passando a produzir riquezas e prestar os serviços públicos diretamente ou de forma descentralizada. Tal fato produziu imenso crescimento econômico, mas, ao mesmo tempo, onerou demasiadamente os cofres públicos, visto que a manutenção do Estado Social era custosa e se passou a requerer desembolsos crescentes oriundos da própria sociedade para tal, pois a capacidade de agregar capitais foi exaurida pelo Estado.

Daí a sucumbência do Estado Social e o ressurgimento da teoria neoliberalista, que retoma a postura liberal do estado em relação ao indivíduo e do mercado e o papel meramente regulatório do Estado, a fim de garantir a eficiência e a estabilidade da economia capitalista e corrigir os desequilíbrios por esta gerados. Tal corrente defende também a descentralização, bem como a privatização, que consiste na transferência da produção de bens e serviços públicos para o setor privado. Trata-se, agora, do Estado Subsidiário, que se limita a atividades de fomento, auxílio e coordenação, não mais o antigo Estado mínimo.

No Brasil, a terceirização teve início na década de 50, com foco no setor automobilístico, quando o Estado Social também não mais dava conta de prestar com qualidade os serviços públicos sociais. O seu desenvolvimento ocorreu consideravelmente nos anos 70, mediante a contratação de serviços de limpeza e conservação.

A consequência da sucumbência do Estado Social no Brasil foi exatamente a privatização das empresas estatais, quanto aos serviços essenciais à sociedade, a fim de que fossem prestados de forma a oferecê-los a todos. A política neoliberal foi, então, adotada, baseando-se na descentralização, na privatização e na concentração de programas sociais voltados aos mais carentes. Tal fase é denominada por alguns como “Estado

Social-Liberal”, pois almeja tanto a preservação da tutela dos direitos de segunda geração quanto estimula a competitividade do mercado e das funções do Estado em geral.

Assim, a terceirização é desenvolvida diante do quadro de crise do Estado Social de Direito, que se tornou caro e pouco eficiente na demanda pelo atendimento às necessidades coletivas e, por outro lado, a internacionalização do processo produtivo, obrigando o Estado a manter sua economia mais competitiva.

1.2 Conceito de terceirização *lato sensu*

A expressão *terceirização* decorre de um neologismo oriundo da palavra “terceiro”, entendido como sinônimo de intermediário ou interveniente em uma dada relação, e não como alguém alheio a ela. A expressão foi construída pela ciência da administração, a fim de enfatizar a descentralização empresarial de atividades a outrem, que é um terceiro à empresa. Portanto, o termo foi criado fora da seara jurídica e o mesmo inexistente de forma expressa na legislação pátria.

Entende-se, então, que se trata de um procedimento administrativo que permite a descentralização de serviços, mediante a contratação de serviços não especializados por meio de empresa intermediária, entre o tomador de serviços e a mão-de-obra. Trata-se, portanto, da transferência de serviços a terceiros, que figuram como intermediários na relação entre o trabalhador e o tomador final.

1.3 Evolução legislativa e jurisprudencial no Direito Pátrio

1.3.1 Modalidade de Subcontratação na CLT: art. 455

Cabe observar, desde já, que a Consolidação das Leis do Trabalho, que, em 1943, efetivou a normatização trabalhista no ordenamento jurídico,

não fez menção ao termo *terceirização*, por não figurar, à época, como algo relevante ao mundo socioeconômico e jurídico, mencionando apenas a empreitada e a subempreitada (art. 455, caput e parágrafo único da CLT¹) como tipos de subcontratação de mão-de-obra.

Por muito tempo, a empreitada e a subempreitada foram as únicas hipóteses de terceirização previstas no ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente, os tribunais, em sua maioria, interpretavam o aludido artigo como suscetível de responsabilidade solidária do empreiteiro principal nas relações de subempreitada. Mais tarde, com o advento da Súmula 331, IV do TST, a jurisprudência passou a entendê-la como subsidiária.

1.3.2 Terceirização na Administração Pública

No final da década de 60 é que o fenômeno da terceirização começou a ganhar espaço, mas ainda sem a designação atualmente conhecida e apenas destinada à seara pública (relação não regida pela CLT), o que se mostrou com o advento do Decreto-Lei 200/67 (art. 10) e da Lei n. 5.645/70. Os dispositivos citados almejavam a ampliação das hipóteses de terceirização, descentralizando as atividades da Administração Pública.

1.3.3 Leis 6.019/1974 e 7.102/1983 e a Súmula 256/TST

A regulamentação normativa da intermediação de mão-de-obra no setor privado ocorreu por meio da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974 (Lei do Trabalho Temporário). Seus artigos 2º² e 4º³ conceituam,

¹ “Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo”.

² “Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços”.

respectivamente, o trabalhador temporário e a empresa de trabalho temporário.

O trabalho temporário é permitido para contratos de curta duração, ou seja, que durem três meses, prorrogáveis por mais três quando dada a autorização pelo Ministério do Trabalho e Emprego (art. 10), a fim de atender necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente da empresa ou ainda quando o acréscimo extraordinário for demandado.

Do texto do citado art. 10, é observado que o trabalho temporário se configura como a única hipótese prevista de interposição de mão-de-obra e, sendo assim, só se aperfeiçoará como lícita se for instituída nos estritos termos da Lei 6.019/70.

Permite-se, nesses casos, tanto a execução de atividades essenciais e primárias, como também aquelas secundárias, diferente do que acontece na terceirização típica, que, a princípio, só pode se dar quanto às atividades não essenciais da empresa.

Mais tarde, a Lei 7.102, de 20 de junho de 1983, permitiu a terceirização do trabalho de vigilância bancária, em caráter permanente, não mais temporário. Inicialmente, a atividade terceirizada prevista na referida lei se restringia ao setor bancário.

A Lei 8.863, de 28 de março de 1994, ampliou as hipóteses previstas na Lei 7.102/83, em seu art. 10⁴, abrangendo, a partir de então, toda a área

³ “Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos”.

⁴ “Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:

I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; (...)

§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.

de vigilância patrimonial, pública ou privada, incluindo a segurança de pessoas físicas e o transporte de valores. Ou seja, não há a restrição de que o tomador seja um banco, mas um grande leque de empresas, prevendo, ademais, a conformidade da referida lei com a legislação trabalhista.

É permitida, nesta atividade, a contratação direta com o tomador de serviços, conforme preleciona o art. 3º da Lei 7.102/83⁵.

Entretanto, quando o vigilante for contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresa, ele não é bancário, conforme inteligência da Súmula n. 257 do TST, de 1986⁶.

Até esse momento, a interpretação das hipóteses de interposição de mão-de-obra eram restritivas e limitadas às duas leis vistas acima, fato que levou, em 1986, à edição da Súmula n. 256, do TST, que também previu a formação do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora de serviços, como forma de sanção às práticas ilegais, assim disposto:

“Súmula 256. Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância - Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta. **Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância**, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, **é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços**” [grifo nosso]

O que se observou, primeiramente, foi um conflito aparente entre o rol taxativo da Súmula 256 do TST e o rol exemplificativo dos artigos 10,

§ 3º Serão regidas por esta lei, pelos regulamentos dela decorrentes e pelas disposições da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária e penal, as empresas definidas no parágrafo anterior.

§ 4º As empresas que tenham objeto econômico diverso da vigilância ostensiva e do transporte de valores, que utilizem pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam obrigadas ao cumprimento do disposto nesta lei e demais legislações pertinentes”. [grifo nosso]

⁵ “Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados:

I - por empresa especializada contratada; ou

II - pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça. (...)”. [grifo nosso]

⁶ “TST Enunciado nº 257. Vigilante Contratado - Relação de Emprego. O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário”.

§7º do Decreto-Lei 200/67 e 3º, parágrafo único da Lei n. 5.465/70. Porém, a primeira trata da seara privada, ao passo que os dois últimos dispositivos são aplicáveis ao setor público.

Em segundo lugar, resta pendente a seguinte questão: a aplicação da referida súmula frente ao advento do art. 37, II e §2º da CRFB.

1.3.4 A Constituição de 1988

A Constituição de 1988, em seu artigo 37, II e §2º⁷, vedou o vínculo empregatício reconhecido com a Administração Pública sem a prévia aprovação em concurso público.

A aludida norma constitucional tem eficácia plena, ou seja, passa a fazer parte do ordenamento jurídico imediatamente e o faz de forma integral, em sua amplitude, significando que norma infraconstitucional não pode restringi-la. Percebe-se, portanto, que a súmula n. 256/86 imediatamente ficou limitada. O vínculo empregatício não poderia existir com a Administração Pública ainda que fora das hipóteses de trabalho temporário e de vigilância bancária, exceto se o trabalhador tivesse sido contratado antes da Carta de 1988, segundo a OJ nº 321, da SDI-I do TST.

1.3.5 As Leis 8.036/1990 e 8.212/1991

A Lei 8.036, de 11 de maio de 1990 (Lei do FGTS), em seu art. 15, §1º⁸, igualou o empregador formal (empresa intermediadora de mão-de-

⁷ “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: (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...)

§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

⁸ “Art. 15 (...)”

obra) ao real (o tomador de serviços), o que é relevante para o entendimento e discussão acerca da responsabilidade de ambos em sede trabalhista. Em seu §2º, é conceituada a figura do trabalhador como toda pessoa natural prestadora de serviços a empregador, locador ou tomador de mão-de-obra, ressalvados os trabalhadores eventuais, autônomos e servidores públicos, que não são regidos pela CLT.

A Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, que trata da organização da Seguridade Social, dispôs, nos parágrafos 3º e 4º do seu artigo 31, sobre a definição e hipóteses de enquadramento da cessão da mão-de-obra, *in verbis*:

“Art. 31 (...)

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974” [grifo nosso].

1.3.6 A Lei n. 8.666/93

Cabe ressaltar o advento da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que determinou a obrigatoriedade de licitação para que a Administração Pública contratasse com particulares, salvo em hipóteses específicas previstas em lei, quando a mesma será dispensada, dispensável ou inexigível. Em seu art. 71, §1º,

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se”.

⁹ “§ 2º Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio”.

afastou-se a responsabilidade do Estado quanto às obrigações trabalhistas, frente ao inadimplemento da empresa contratada.

1.3.7 A Súmula n. 331 do TST

O que se observou a partir de certo momento foi a prática crescente e reiterada da terceirização nas relações de trabalho, mesmo sem a existência de dispositivo legal autorizando tal situação excepcional. A título de exemplo, têm-se os serviços de conservação e limpeza. Ademais, a globalização e a necessidade de redução de custos causaram a flexibilização das relações de trabalho, fato que se mostrou presente também na jurisprudência. Ao se somar com a grande quantidade de julgados sobre o assunto, foi editada a Súmula n. 331/1993, que cancelou a Súmula n. 256/1986.

Uma das mais significativas consequências da Súmula 331 do TST foi a implícita distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços, o que levou à adoção de determinados critérios para se caracterizar a terceirização como lícita ou ilícita.

1.3.8 Lei 8.949/94 e o art. 442, parágrafo único, da CLT

A Lei 8.949/94 incluiu o parágrafo único do art. 442, da CLT, tratando da sociedade cooperativa, estabelecendo que: “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

A regra acima favoreceu uma forte onda de terceirização por intermédio de sociedades cooperativas, ainda que não se fossem juridicamente consideradas como tais, caracterizando-se, desta forma,

inúmeras fraudes. Contudo, apenas a legítima cooperativa, *in casu*, é digna de excludente de formação de vínculo empregatício.

Cabe, assim, conceituar a cooperativa, como sendo aquela em que seus associados prestam serviços de forma autônoma, não podendo ser invocado a fim de autorizar a prática de fraudes à legislação trabalhista (relacionado à intermediação de mão-de-obra). Verificados os pressupostos para a caracterização do liame empregatício dentro do campo da sociedade cooperativa, há indícios de fraude, fato ao qual deve ser aplicado o art. 9º da CLT¹⁰, declarando-se nulos de pleno direito os atos praticados e determinando a relação de emprego.

1.3.9 Lei 8.949/1994 e Lei 9.472/1997

A Lei n. 8.949, de 9 de dezembro de 1994, introduziu o parágrafo único do art. 442 da CLT¹¹, o que impulsionou a terceirização de serviços por cooperativas, quando estabeleceu a inexistência de relação de emprego nem com o tomador de serviços nem com a empresa intermediadora (embora a Lei n. 5.764/71 já houvesse determinado o mesmo).

Os serviços de telecomunicações também passaram a ser passíveis de terceirização, desde o advento da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997¹², que dispôs (nos termos da Emenda Constitucional nº 8/9) sobre a sua organização, autorizando às empresas concessionárias, em seu art. 94, II, a

¹⁰ “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

¹¹ “Art. 442 (...)”

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”. [grifo nosso]

¹² “Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei” [grifo nosso].

contratação de trabalhadores para a execução de atividades essenciais ou não dos serviços do tomador.

Embora o assunto seja amplamente utilizado nos dias atuais e comporte discussão nos tribunais, não há ainda uma legislação específica acerca da terceirização. Assim, o art. 8º da CLT¹³ se configura como guia da matéria objeto do presente trabalho, pautando-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e encontrando base em outros dispositivos legais, na falta de regulamentação sobre o fenômeno da terceirização.

É o que se examinará a seguir.

¹³ “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

2. TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

2.1 Conceito aplicável à seara trabalhista

A terceirização trabalhista consiste no fenômeno pelo qual o trabalhador é inserido no processo produtivo da empresa tomadora dos serviços, sem que haja vinculação empregatícia a esta, a qual se preserva com a entidade e/ou empresa intermediária.

É chamada por outros autores de descentralização, parceria, subcontratação, focalização, desverticalização, dentre tantas outras denominações.

Segundo Maurício Godinho Delgado¹⁴:

“Para o Direito do Trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista 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 trabalhistas, 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.” [grifo nosso].

Há, portanto, a formação de uma relação trilateral entre o trabalhador, intermediador de mão-de-obra (o chamado empregador aparente, formal ou dissimulado, segundo o doutrinador supracitado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural, pois é ele quem, de fato, contrata a mão-de-obra, mas por meio de outra pessoa), fugindo, assim, do clássico modelo empregatício, cuja relação se dá bilateralmente. Deduz-se que a relação de emprego que se dá entre o trabalhador e a empresa

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 407.

prestadora de serviços, ao passo que a relação entre esta e o tomador de serviços é meramente civil.

Há que se apontar que a terceirização não pode ser tida como regra. Afinal, a subcontratação de empregados vai de encontro a finalidade do direito, seus princípios e sua função social. Logo, a terceirização se configura como uma exceção ao princípio da *ajenidad*, que prega a regra da relação bilateral e direta entre o empregado e o empregador natural ou tomador de serviços.

Diante do exposto até o presente momento, distinguem-se a terceirização da interposição de mão-de-obra. Enquanto a primeira é legítima perante o ordenamento jurídico pátrio, a segunda, geralmente de gênese ilícita, tem, ao prestar os serviços, o objetivo de burlar a lei para reduzir os custos sociais, prejudicando, desta forma, o trabalhador. Como já arrazoadado, única situação lícita de interposição de mão-de-obra é o trabalho temporário, regido pela Lei n. 6.019/74.

2.2 A Súmula n. 331, I e III, do TST

Merecem atenção, nesse capítulo, os incisos I e III do enunciado da súmula do TST, conforme redação a seguir:

“Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

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). (...)

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. (...)”.

A jurisprudência trabalhista admitiu e autorizou de vez a existência da terceirização, caracterizando-a como uma forma de contratação, pelo tomador final de serviços, de empregados de determinada empresa intermediária, em relação à exploração de serviço não essencial de uma

atividade empresarial (ou seja, não relacionado à sua atividade-fim), exceto quando previsto especificamente e autorizado em lei, como ocorre, por exemplo, no trabalho temporário (Lei 6.019/74), na subempreitada (art. 455, da CLT) e nos serviços de telecomunicações (art. 94 da Lei 9.472/97).

Da leitura da Súmula *supra*, resta clara a necessidade de ser a empresa contratada quem utiliza, subordina e remunera o trabalhador, mesmo diante da figura do tomador como destinatário final do labor.

Quanto ao inciso I da Súmula 331, cabe apontar que a contratação de trabalhadores por empresa interposta não é, em verdade ilegal, mas apenas na hipótese de haver fraude no respectivo contrato, almejando mascarar o vínculo direto com o terceiro e afastar as regras da Consolidação das Leis do Trabalho. Tal situação importará na formação de vínculo direto do empregado terceirizado com o tomador final dos serviços. Excetua-se tal regra aos trabalhadores temporários e aos órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional.

Segundo Francisco Antonio de Oliveira¹⁵, o objetivo deste inciso é o de “desacoroçar a transformação do trabalhador em mercadoria”. Afinal, o que se observa atualmente é a presença de muitos empregadores que almejam se desincumbir do custo de se ter um empregado e uma forma viável e simples de fazê-lo é terceirizar parte de seus serviços, transformando, muitas vezes, os trabalhadores terceirizados em meros objetos.

O seu inciso III elucida a não formação de vínculo empregatício do tomador com aqueles que prestem serviços de vigilância, conservação e limpeza, além de todos aqueles que sejam prestados em torno das suas atividades-meio. Para tal, não podem estar presentes os requisitos de pessoalidade e de subordinação direta com a empresa tomadora.

¹⁵ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008. p. 619.

2.2.1 Inexistência de pessoalidade e subordinação

Diante da necessidade da exclusão dos requisitos de pessoalidade e de subordinação direta do trabalhador com o tomador de serviços, cabe aferir a análise de cada um desses conceitos.

Quando se fala em pessoalidade, diz-se que o contrato de trabalho é firmado com um trabalhador que seja necessariamente uma pessoa física, para a execução de uma ou mais atividades por um sujeito certo e determinado. Portanto, a prestação de serviços pelo empregado, nessas hipóteses, configura-se como *intuitu personae*.

Logo, quando o inciso III do Enunciado 331 do TST afasta a hipótese de pessoalidade, isso significa que os serviços mencionados podem ser executados por quaisquer profissionais indicados pela empresa contratada, sempre procurando revezá-los, afastando assim a configuração da pessoalidade.

Já a subordinação (a jurídica, logicamente) se conceitua como a submissão contratual e profissional do empregado às ordens e ao comando do empregador, que organiza e controla os fatores de produção. Sobre isso,

“Sob suas ordens significa que prestador de serviço não executa a tarefa como lhe aprouver, da forma que desejar, (...). Por isso mesmo é que se constrói toda a legislação do trabalho, exatamente para proteger alguém que, ao celebrar contrato, abdica da sua vontade, para subordinar-se durante os horários de trabalho e dentro da sua qualificação profissional. Cabe ao empregador dirigir, fiscalizar, controlar e aferir a produção de seu empregado; é ele o titular do negócio, a autoridade, o principal. Por isso mesmo também são seus os riscos da atividade econômica: *ubi emolumentum, ibi onus*¹⁶”.

Ideal seria, para descaracterizar a subordinação, que o empregado exercesse suas atividades laborativas fora das dependências da empresa tomadora, mas, sendo ela a destinatária final do serviço, pode haver a necessidade de prestação de serviço neste local. Ainda assim, nesta

¹⁶ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: Ltr, 2003. p.245.

hipótese, a execução dos serviços deve ser feita sob as ordens da empresa prestadora, que determinará também o profissional a trabalhar e a jornada de trabalho ou de produção. Essa é a chamada subordinação direta, que, como já visto, deve se dar com a empresa interposta.

Diferentemente, a subordinação indireta se dá com a própria tomadora, pois é ela quem determina a execução dos serviços internos. Não há obstáculos à subordinação indireta, pois se trata de pequenas ordens, que são sempre relacionadas aos procedimentos do ambiente de trabalho. Entretanto, quaisquer reclamações sobre o trabalhador devem ser dirigidas diretamente à empresa prestadora e não poderá a tomadora aplicar penalidades por atrasos, faltas injustificadas, etc. como consequência do que já foi discorrido acima, o tomador não poderá efetuar pagamento ao trabalhador.

2.3 Classificação da Terceirização

Com base no já disposto acima, em especial no que se pode concluir acerca da Súmula 331 do TST, pode-se, para fins metodológicos, compilar a classificação da terceirização observada segundo vários aspectos¹⁷, destacando-se os seguintes:

2.3.1 Quanto ao Objeto: atividade-fim e atividade-meio

O inciso III da Súmula n. 331 do TST chamou atenção a uma distinção implícita entre atividades-meio e atividades-fim, dotada de grande relevância ao tema, fazendo-se necessária, portanto, uma apreciação mais precisa sobre o tema.

¹⁷ A classificação aqui proposta se baseia no seguinte artigo: BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos Jurídicos Materiais e Processuais da Terceirização Trabalhista. *Revista LTr de Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 73, n. 10, out./2009.

Ressalte-se que a distinção em cena está longe de compreender um só entendimento doutrinário. Porém, resta fundamental a diferenciação, caracterização e discussão de cada um dos conceitos para aferir a licitude (ou não) da terceirização, presente no item seguinte.

A atividade-fim é a atividade central, essencial e direta da empresa, ou seja, tudo o que disser respeito aos seus objetivos principais, os quais sempre requererão especialização e maior dedicação. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado¹⁸:

“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 no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”.

A atividade-meio é aquela prestação acessória, secundária, que não se confunde com os fins maiores da empresa tomadora, apenas complementando o serviço primário. Podem ainda ser definidas da seguinte maneira:

“(...) atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços (...). São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. (...). São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento¹⁹”.

Interessa mencionar que Sérgio Pinto Martins²⁰ sugere uma analogia ao art. §2º do art. 581²¹ para a compreensão do conceito das atividades-fim: uma atividade preponderante, que venha a caracterizar a unidade do objetivo final, para a qual todas as demais atividades venham a convergir.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 418

¹⁹ Ibid., p. 419.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.213.

²¹ “Art. 581. (...)

§ 2º Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional”.

Dora Maria de Oliveira Ramos²² menciona o elemento da especialização empresarial para a caracterização das atividades-meio, isto é, a empresa prestadora de serviços deve ser especializada no serviço prestado, compondo uma organização e capacitação suficientes para a execução do trabalho. É, pois, necessário o exame do objeto social da empresa intermediadora, que deve ter uma atividade definida, específica, dotada de especialidade em uma atividade material a ser prestada. Essa exigência tem sentido, na medida em que se coíbe a prática de fraude por parte da empresa interposta (por meio da presença de objetos sociais genéricos ou inúmeros), hipótese esta que se configuraria como fornecimento ou locação de mão-de-obra, ilegal aos olhos da legislação trabalhista e da Súmula 331. Destarte, a douta autora supracitada conclui o assunto da seguinte forma:

“Na verdadeira terceirização, o contrato é firmado com uma empresa prestadora de serviços especializada em determinado ramo de atividade. São empresas de assistência técnica, escritórios de contabilidade, empresas de informática, preparo de alimentos etc. o objeto do ajuste é a concretização de alguma atividade material especializada, ainda que o serviço a ser prestado não requeira maiores conhecimentos técnicos (exemplo típico dos serviços de limpeza). De qualquer sorte, existe uma atividade material perfeitamente identificável, distinta do mero fornecimento de mão-de-obra²³”.

Diante do que já foi exposto, entende-se que as atividades-meio da empresa podem perfeitamente ser objeto de terceirização, pois não constituem a atividade constante do seu objeto social.

Por outro lado, a princípio, não seria permitido o mesmo em relação às suas próprias atividades-fim, exceto quando se fala em trabalho temporário. Entretanto, há correntes doutrinárias que entendem de formas diversas. Parte da doutrina²⁴ é rígida quanto às limitações do exercício da terceirização das atividades-fim, entendendo ser ilícita qualquer hipótese que não esteja prevista na Súmula 331 ou em lei específica (Lei 6.019/74).

²² RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Ltr, 2001. p. 73.

²³ Ibid. p. 74.

²⁴ Dentre eles, estão Maurício Godinho Delgado e Fabio Goulart Villela.

Para os autores adeptos à distinção relativa dos dois tipos de atividade, os avanços tecnológicos do mundo globalizado podem mesmo transformar uma atividade-fim da empresa em atividade-meio e vice versa. Daí a possibilidade de se terceirizar uma atividade-fim. Defendem também que nem sempre as atividades-fim de uma empresa se mostram claras, sendo necessária uma averiguação mais profunda para apontar, “dentre as atividades-fim, aquelas que apresentam um grau de autonomia e especialização suficientes para justificar a contratação de terceiros²⁵”.

Há outros, ainda, que afirmam que, uma vez presentes os pressupostos de especialização, definição da atividade, idoneidade econômica e inexistência de fraude, não importa haver a empresa interposta tocado ou não na atividade-fim do tomador de serviço. É como entende Luiz Carlos Amorim Robortella, que declara ser a proibição da subcontratação de atividade-fim algo inaceitável, dada a dificuldade de se identificá-la frente às atividades-meio, afirma que:

“Inexistindo fraude, a empresa pode terceirizar ou subcontratar determinado ciclo do processo produtivo que, pela evolução legislativa, se tenha tornado desinteressante técnica e economicamente, mesmo que componha sua atividade-fim. A rápida mutação das técnicas de produção pode transformar em acessória uma atividade tradicionalmente integrada aos objetivos empresariais²⁶”.

A doutrina diverge também quanto à existência de outras hipóteses de terceirização de atividades-fim. Para Sérgio Pinto Martins (que considera haver uma *delegação* do serviço da atividade-fim da empresa, não a terceirização propriamente dita), é possível que esta exista não só no trabalho temporário, mas também nos serviços de telecomunicação (Lei n. 9.472/97, em seu art. 94), na construção civil (a subempreitada do art. 455 da CLT), ou mesmo na compensação de cheques (podendo ser delegada também a terceiros com vistas a efetuar operações interbancárias) e na indústria automobilística (relacionado à produção de partes dos automóveis

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 376. *apud* RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Ltr, 2001. p. 70.

²⁶ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1994. pp.259/260.

transferida a terceiros, que trabalham no estabelecimento da prestadora)²⁷. Volia Bonfim Cassar discorda dessa posição, defendendo que, *na construção civil e nos serviços de telefonia a lei autoriza a terceirização ou a subcontratação de trabalhadores, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação entre o trabalhador e o tomador de serviços*²⁸.

Martins vai além, quando declara que, à luz do princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170, parágrafo único, da Carta Magna²⁹, é possível que o tomador escolha a área que será objeto de terceirização, seja ela atividade-meio ou atividade fim, ressaltando-se também que uma pode se transformar na outra, na hipótese de haver um dado desenvolvimento tecnológico, por exemplo³⁰.

O magistrado e douto Alexandre Agra Belmonte, apesar de entender ser possível a terceirização das atividades-fim dos serviços de telecomunicação e da construção civil (além da lógica do trabalhador temporário), defende que tal fato sempre deve ser previsto em lei e que deve sempre haver a ausência de subordinação entre o empregado da empresa prestadora e o tomador, sob pena de caracterização da ilicitude³¹.

Portanto, mesmo diante da controvérsia, deve-se considerar como regra a terceirização das atividades-meio, constituindo exceção quando aplicada às atividades-fim do tomador final. Contudo, deve-se atentar à distinção quando se fala no fenômeno aplicado ao serviço público.

Resta, portanto, a dificuldade da distinção entre atividades-meio e atividades-fim, mesmo na presença de uma atividade principal constante de

²⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 213.

²⁸ CASSAR, Volia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 392.

²⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p.214.

³¹ BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos Jurídicos Materiais e Processuais da Terceirização Trabalhista. *Revista LTr de Legislação do Trabalho*. São Paulo, vol. 73, n. 10, out./2009.

seu contrato social. Ver-se-á no próximo item que o TST deverá aferir as diferentes hipóteses caso a caso, sob pena de gerar quadros de injustiça na realidade social. Diante das incertezas sobre o tema, conclui-se com a brilhante passagem de Henrique Macedo Hinz:

“Ocorre, porém, que na prática é muito difícil se diferenciar a atividade-meio da atividade-fim de uma empresa, a começar que o exercício de uma atividade econômica traz em si tantas atividades acessórias que, face à sua relevância, podem se confundir com a atividade principal. Há ainda a questão de que, tendo o contrato social a função de fixar o objeto da pessoa jurídica, nem sempre será ele claro nesse sentido. Na maioria dos casos, essa classificação chega a ser impossível³²”.

O TST julgou, em novembro de 2009, processo que envolvia a formação do vínculo de emprego formado com o tomador de serviço, quando exercida atividade-fim do empreendimento, diante da seguinte decisão:

“VINCULO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO. TOMADORA DE SERVIÇO. TERCEIRIZAÇÃO. FRAUDE. Os fundamentos do v. acórdão evidenciam a contratação, mediante empresa interposta, para prestação em atividade fim da tomadora de serviços. Daí a ilicitude da contratação. O Regional, no que manteve a r. sentença, reputando nulo o contrato ajustado e reconhecendo o vínculo diretamente com a tomadora de serviços, decidiu em harmonia com a orientação traçada na Súmula 331, item I, do TST, vazada nos termos seguintes: - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 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).- Estando a v. decisão recorrida em sintonia com Súmula do TST, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice no artigo 896, § 4º, da CLT.- Não conhecido”³³.

Foi divulgada, em sua página na *internet*, em 26 de novembro de 2009, a notícia referente ao acórdão acima, explicando mais detalhadamente o que ocorrera no processo em questão:

“A Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho rejeitou recurso de revista da Telemar Norte Leste S.A. contra decisão que reconheceu vínculo de emprego entre trabalhador contratado por empresa prestadora de serviço e a operadora de

³² HINZ, Henrique Macedo. *A Terceirização Trabalhista e as Responsabilidades do Fornecedor e do Tomador dos Serviços: um enfoque multidisciplinar*. In: Revista TST. vol. 71, n.º 2. maio/agosto de 2005. p. 136.

³³ TST, 5ªT., RR-1488/2007-105-03-00.0, Rel. Min. Emmanoel Pereira, Brasília, 04 nov. 2009.

telefonía. O relator, ministro Emmanoel Pereira, aplicou ao caso a Súmula nº 331, item I, do TST, que trata da ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando o vínculo diretamente com o tomador dos serviços. Considerando ainda a existência de súmula no tribunal sobre a matéria, o ministro Emmanoel se amparou no artigo 896, parágrafo 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho para não conhecer o recurso da Telemar. O relator foi acompanhado pela ministra Kátia Arruda que destacara entendimento recente da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais no sentido de que não poderia haver terceirização em atividades-fim das empresas, e o Tribunal do Trabalho da 3ª Região (MG) expressamente disse que era essa a hipótese dos autos.

O TRT manteve a sentença que considerara nulo o contrato de trabalho do empregado com a prestadora de serviço (Engenharia e Construções ADG Ltda.) e reconheceu o vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora do serviço (Telemar), porque concluiu que as tarefas de implantação e manutenção de rede de acesso de telecomunicações desenvolvidas pelo profissional eram típicas de atividade-fim da empresa. Portanto, para o Regional teria ocorrido fraude na contratação do trabalhador. Durante o julgamento, a defesa da Telemar argumentou que a Lei nº 9.472/97 admite a terceirização nas telecomunicações em atividades inerentes ao setor. O problema é que o TRT tinha entendido que os serviços desempenhados pelo empregado caracterizavam atividade finalística, e, segundo a advogada, na verdade eram próprias da atividade-meio da empresa – daí a legalidade da terceirização. O presidente da Turma, ministro João Batista Brito Pereira, divergiu do relator e concordou com os argumentos da empresa quanto à licitude da contratação de mão de obra por meio de prestadora de serviço. Para o ministro, a Súmula nº 331/TST foi resultado da evolução da jurisprudência quando nem sequer havia norma tratando da terceirização, mas o mundo tinha mudado, e a legislação atual permitia a terceirização nas atividades inerentes. Logo, explicou o ministro, a súmula não poderia ser aplicada ao caso, e o recurso deveria ser admitido por violação da Lei nº 9.472/97 para afastar o reconhecimento do vínculo de emprego com a tomadora do serviço. Assim, por maioria de votos, vencido o ministro Brito Pereira, a Quinta Turma rejeitou a revista da empresa e, com isso, ficou mantida a decisão do Regional que reconheceu o vínculo de emprego com a Telemar. (RR – 1488/2007-105-03-00.0)»³⁴.

2.3.2 Quanto aos efeitos: lícita e ilícita

Primeiramente, deve-se recordar que a distinção aqui pretendida se faz com base dos conceitos de atividade-meio e atividade-fim, retirados, por sua vez, de forma implícita, da Súmula n. 331 do TST. Assim, deve-se considerar a divergência doutrinária retro mencionada e suas implicações.

³⁴ A notícia não tem cunho oficial, apenas informativo, e foi divulgada pela jornalista Lilian Fonseca, membro da Assessoria de Comunicação Social do Tribunal Superior do Trabalho, disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=10043&p_cod_area_noticia=ASCS. Acesso em 20 outubro 2010

Antes de prosseguir, cabe expor a posição do próprio TST, que declara que, em sendo de difícil (ou quase impossível) de enquadrar a atividade como meio ou fim, gerando dificuldade de limitação à aplicação da terceirização, e mesmo que a separação pudesse ser minimamente feita, tal fato seria insuficiente para caracterizá-la como lícita ou ilícita, muito menos suas consequências no mundo jurídico.

“Aliás, chama a atenção o fato de que o poder amplo que se dá ao intérprete da norma para classificar uma terceirização como lícita ou ilícita, sem que o mesmo tenha a mais simples noção fática do que se trata, tem levado a situações de extrema injustiça, eis que a terceirização de uma atividade-meio pode ser fraudulenta, e uma realizada na atividade-fim não o ser, partindo-se sempre do princípio (inviável) de que essa classificação seria possível. Não se pode presumir que toda e qualquer terceirização seja ilícita. Trata-se de negócio jurídico e, desde que atendidos os requisitos legais de validade do contato celebrado, válida ela será, mormente em face do disposto no art. 5º, XXVI, da Constituição Federal, que garante o ato jurídico perfeito e os retrocitados arts. 170, parágrafo único, da mesma Carta Maior e 594 do CCB³⁵”.

O apontado art. 594 dispõe que “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.

A terceirização lícita pressupõe, primeiramente, a transferência de parcela secundária da atividade desenvolvida pelo tomador final, salvo nos casos permitidos em lei e, em segundo lugar, que o trabalhador mantenha laços trabalhistas diretamente com a entidade interveniente, sem interferência do tomador final. Seus efeitos são, basicamente, três: a exclusão do vínculo de emprego com o tomador final; a isonomia de remuneração do trabalhador temporário (se for este o caso) em relação ao pessoal do tomador final; por fim, a responsabilização subsidiária do tomador final pelo descumprimento das obrigações do terceiro em relação aos seus empregados.

³⁵ HINZ, Henrique Macedo. *A Terceirização Trabalhista e as Responsabilidades do Fornecedor e do Tomador dos Serviços: um enfoque multidisciplinar*. In: Revista TST. vol. 71, nº 2. maio/agosto de 2005. p. 136.

Já a terceirização ilícita consiste em toda forma de intermediação de mão-de-obra relacionada à atividade-fim da empresa tomadora quando não previsto e autorizado por lei, assim como quando, exercendo-se atividade-meio, a relação do trabalhador com o tomador se dá com qualquer tipo de pessoalidade e subordinação direta, nos termos do já discutido inciso III do Enunciado n. 331 do TST. Frise-se, a subordinação indireta com o tomador é lícita, pois a este cabe fornecer orientações quanto aos procedimentos internos do estabelecimento, bem como a pequenas ordens relativas à atividade exercida naquela data.

Nesse tipo de terceirização, será desconstituída a relação com a empresa intermediadora de mão-de-obra, formando-se o vínculo diretamente com a tomadora de serviços, que ficará obrigado a todos os haveres trabalhistas, à luz do inciso I da Súmula n. 331 do TST. Excepciona-se, nesta hipótese, o trabalhador temporário, que nunca forma vínculo de emprego com a empresa tomadora, estando presentes os elementos de subordinação direta e pessoalidade, haja vista a essência da própria atividade laborativa.

Vale observar que não se discute, aqui, a licitude na constituição empresarial, mas tudo o que diz respeito ao vínculo decorrente das relações de emprego.

2.3.3 Quanto à duração: temporária e permanente

A diferenciação se dá apenas no tocante à Lei do Trabalho Temporário (Lei 6.019/74). Trabalhador temporário, segundo o seu art. 2º, é aquele contratado por empresa interposta de mão-de-obra temporária, para atender a necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente ou de acréscimo extraordinário de serviço. O contrato deve ser necessariamente escrito, com disposição expressa fundamentando a razão do trabalho temporário (art. 9º), com prazo máximo de três meses, com a

possibilidade de prorrogação por mais três, tendo sido autorizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, conforme já explicitado no capítulo anterior. Ele não é empregado nem da empresa interposta, nem da tomadora, mas a CTPS deve ser anotada como trabalho temporário (conforme prevê o art. 9º do Decreto 73.841/74, que regulamenta o art. 6.019/74³⁶) e seus direitos trabalhistas, por extensão, devem ser reconhecidos. Diferencia-se do contrato por prazo determinado, pois, neste, o trabalhador é, de fato, empregado, com vínculo empregatício direto com o tomador dos serviços, realizando atividade de cunho transitório, não suprimindo ausência de pessoal, nem se tratando de uma demanda extraordinária de serviços.

Já que a regra é sempre o contrato por prazo indeterminado, sabe-se que o que o trabalho temporário comporta situações específicas.

2.3.4 Quanto à responsabilidade: solidária e subsidiária

A responsabilidade solidária, em poucas palavras, é aquela que pressupõe a pluralidade subjetiva ativa ou passiva (ou seja, a presença da concorrência de mais de um credor e/ou mais de um devedor, respectivamente, nos polos de uma relação jurídica) e a unidade objetiva, que significa a unidade de prestação, isto é, cada um dos credores tem o poder de receber a dívida inteira, tendo cada um dos devedores a obrigação de solvê-la integralmente, na dicção do art. 264 do Código Civil de 2002³⁷, ou seja, pode-se escolher qual devedor será o responsável pelo adimplemento da obrigação do caso, ou do pagamento de uma referida quantia. Deve-se atentar ao fato de que não se presume a solidariedade, à luz do art. 265 do mesmo diploma³⁸.

³⁶ “Art 9º - A empresa de trabalho temporário fica obrigada a registrar na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário”.

³⁷ “Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

³⁸ “Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Responsabilidade subsidiária é aquela que é secundária, hipótese em que se determina uma ordem para o adimplemento da obrigação. Assim, apenas na hipótese de o devedor principal inadimplir com a sua obrigação (ou não sendo encontrados os bens do devedor primário ou ainda quando os mesmos são insuficientes para honrar a dívida) é que poderá ser responsabilizado o segundo devedor. No caso da terceirização, a subsidiariedade significa que somente se a prestadora de serviços não pagar é que a contratante arcará com as dívidas do empregado.

De fato, a responsabilidade solidária, do ponto de vista dos trabalhadores, é muito melhor do que a subsidiária, especialmente por conta da maior celeridade na satisfação de suas obrigações e na possibilidade de escolha a quem incumbirá o seu pagamento integral.

A aplicação das modalidades de responsabilidade na terceirização aplicada ao serviço público abarca, basicamente, três dispositivos legais. Primeiramente, a regra contida na Constituição Federal, que, em seu artigo 37, §6º, determina a responsabilidade objetiva do Estado e de seus agentes. A Súmula 331 do TST, por sua vez, prevê, em seu inciso IV, a responsabilidade subsidiária do ente Público na hipótese de inadimplemento da empresa contratada, desde que tenha participado da relação processual e que constem no título executivo judicial. Por fim, o art. 71 da Lei 8.666/93, que escusa a Administração Pública da responsabilidade pelos créditos trabalhistas decorrentes do inadimplemento superveniente por parte da empresa interposta.

2.3.5 Quanto à natureza da atividade: pública ou privada

Será privada a atividade quando a relação entre o trabalhador, a empresa interposta e a tomadora se dá integralmente no âmbito privado, ou seja, esta última é pessoa jurídica de Direito Privado.

A terceirização terá natureza pública quando a empresa tomadora for pessoa jurídica de Direito Público, isto é, a Administração Pública Direta e Indireta. Essa modalidade de terceirização, mais específica que é, requer um maior cuidado e compreende regras especiais. Uma dessas regras é a proibição de vínculo direto com o tomador de serviços, dada a vedação ao ingresso em cargo da administração pública sem o devido concurso público (art. 37, II e §2º, CF).

3. A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Notas sobre a Administração Pública

3.1.1 Princípios da Administração Pública pertinentes à terceirização

Serão explicados os princípios da Administração Pública de forma relativamente sucinta, pois os mesmos servirão de base à compreensão do aparato administrativo no tocante à terceirização e os motivos que levam o Poder Público a sofrer limitações na contratação com terceiros, seja para fins de mão-de-obra, seja para as demais finalidades.

Todos os princípios analisados a seguir, explícitos ou implícitos, são, de fato, constitucionais e norteiam também todo o Direito Administrativo.

Primeiramente, o *princípio da supremacia do interesse público* sobre o privado impõe que, havendo conflito de interesses entre o público e o particular, deve prevalecer o primeiro. Ou seja, o particular, pode ter seu interesse limitado pelo Estado, desde que em nome do interesse público.

O princípio em questão dá origem a um subprincípio, qual seja, a *indisponibilidade do interesse público*, que significa que o Poder Público, por não ser dono da coisa pública, não pode abrir mão da mesma. Assim, deve atuar sempre que o bem público assim o demandar. Percebe-se, com isso, que o limite da atuação administrativa é a indisponibilidade do interesse público.

Outra importante conclusão que se retira desse primeiro princípio é a caracterização de um binômio administrativo: prerrogativas e limitações estatais, isto é, garantias e restrições conferidas ao Estado. De um lado, a supremacia do interesse público se configura como prerrogativa ou garantia que a Administração Pública possui; de outro lado, a indisponibilidade do

interesse público significa limitações ou restrições sofrida pela mesma. A soma do ônus e do bônus acima descritos resulta na base do regime jurídico da Administração Pública, a ser visto no item 3.8 deste capítulo.

Em segundo lugar, o *princípio da legalidade administrativa* é frequentemente confundido com a legalidade contida no art. 5º, II da Constituição Federal³⁹, que prevê que é permitido que se faça o que não está vedado em lei. No entanto, o princípio ora analisado é fruto da submissão do Estado aos limites da lei, situação que não admite, portanto, livre conduta da Administração Pública e de seus agentes.

Assim, o *princípio da legalidade administrativa*, contrariamente ao contido no art. 5º, II da CRFB, significa que o Poder Público só poderá fazer o que a lei permitir. Se não houver dispositivo permitindo a prática de determinada conduta, não se pode fazê-la com o fundamento de que não foi vedado.

O *princípio da impessoalidade* determina que o ato administrativo não leva em consideração a pessoa do administrado, mas meramente a sua condição como tal. Portanto, a Administração deve tratar todos os administrados sem discriminações, benefícios ou prejuízos de qualquer espécie. Nesse sentido, afasta-se a possibilidade de favoritismos ou de perseguições.

A importância do corolário em questão reflete na exigência de outros dispositivos, como é o caso do inciso II do art. 37, que exige a aprovação em concurso público para o ingresso do cargo, permitindo aos candidatos a disputa do mesmo em condições de igualdade. Igualmente, o art. 37, XXI, que prevê a necessidade de licitação pública para a contratação pela Administração direta e indireta, garantindo aos envolvidos no processo que

³⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

possam concorrer em igualdade, o que é também exigido para permissões e concessões de serviço público (art. 175, CRFB).

O *princípio da moralidade administrativa* pretende exaltar a moral jurídica, que não se confunde com a moral social, que adota princípios completamente afastados do campo jurídico. A moralidade administrativa impõe responsabilidades a quem descumprir os preceitos da probidade administrativa. É o que ocorre com os crimes de responsabilidade do Presidente da República, nos termos do art. 85, V, da CRFB⁴⁰ e com os atos de improbidade administrativa dos servidores públicos, à luz do art. 37, §4º⁴¹ do texto constitucional.

Celso Antonio Bandeira de Mello assim conceitua o princípio:

“A Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ‘ilicitude’ que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de ‘pauta jurídica’ (...). Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da ‘lealdade’ e ‘boa-fé’ (...). Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”⁴².

O quinto princípio – o *princípio da publicidade* - consagra o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos, proibindo-se a edição de atos secretos. O direito à informação dos cidadãos ou de algum interessado sobre os atos ou assuntos públicos deve ser respeitado, sendo certo que, caso contrário, os mesmos têm direito ao remédio constitucional do *habeas data*, previsto no art. 5º, LXXII, da Carta

⁴⁰ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...)

V - a probidade na administração”.

⁴¹ Art 37. (...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 115/116.

Magna⁴³. A única exceção a essa regra acontece quando o sigilo for imprescindível à segurança social e estatal, conforme determina o art. 5º, XXXIII, da CRFB⁴⁴.

“Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”⁴⁵.

No *princípio da finalidade*, o texto legal deve ser interpretado de acordo com o *espírito da lei*, com a sua finalidade normativa. Todo dispositivo legal tem, em sua essência, um fim a ser alcançado. E é exatamente esse fim que norteia a correta aplicação da norma e que permite compreendê-la. Daí o art. 37 não tê-lo mencionado no rol de princípios, por já se encontrar implícito no espírito da lei.

Assim, mesmo diante da obscuridade de uma determinada redação, a finalidade da norma deve ser levada em conta, não devendo ser afastada se, de alguma forma, for possível que se chegue ao seu objetivo maior. Afastar a regra em razão da falta de clareza do texto pode vir a causar injustiças ao cidadão. Interpretar a norma de acordo com suas finalidades é uma maneira imediata de se evitar situações injustas.

Quando se aplica a lei em desconformidade com o seu objetivo, ou de forma excessiva, desvirtua-se não só a sua finalidade, mas a própria norma, o que é denominado de *abuso de poder* ou *abuso de finalidade*. Por isso, trata-se de um ato viciado, e, como tal, deve ser nulo. Afinal, o limite ao uso do poder é a própria finalidade à qual se destina a regra. Contra tais

⁴³ “Art. 5º. (...) LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

⁴⁴ “Art. 5º. (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 110/111.

atos abusivos, impetra-se o *mandado de segurança*, admitido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, LIXI.

Por meio do *princípio da motivação*, a Administração Pública está vinculada a justificar seus atos, contendo fundamentos de direito e de fato, bem como o nexo de relação entre o dispositivo e a motivação, excepcionando-se os casos em que a motivação já se dá implicitamente. Porém, para ser válida, deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato.

Da mesma forma que se justificou a aplicação do princípio da publicidade, novamente se afirma: o poder emana do povo e, logo, diante do Estado Democrático de Direito em que se vive atualmente, os cidadãos têm o direito de conhecer os motivos que levaram a Administração Pública à prática de determinados atos, inclusive para haver possibilidade se insurgência contra estes. Nesse sentido, caso os atos administrativos praticados sejam fundamentados tardiamente ou de forma insuficiente, não são legítimos.

A necessidade de motivação acabou por extrapolar os limites do Poder Executivo, adentrando na esfera do Poder Judiciário, quando determina que o juiz é obrigado a fundamentar as suas decisões em consonância com o relatório e com o dispositivo, nos termos do art. 458, CPC⁴⁶.

O *princípio da razoabilidade* determina que a Administração Pública, ao atuar, especialmente no que tange aos atos discricionários, deve obedecer a critérios razoáveis, ou seja, em sintonia com o senso normal e com condutas consideradas equilibradas e adequadas. Isso só pode ser aferido em caso concreto, em que se demande atitudes que visem à

⁴⁶ “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”. [grifo nosso]

obtenção da justiça. Deve haver, portanto, a *congruência lógica entre o fato (motivo) e a atuação concreta da administração*⁴⁷. Desta forma, uma decisão ou providência ou decisão desarrazoada fere a própria finalidade da lei, padecendo de legitimidade, e que será, portanto, passível de anulabilidade pelo Poder Judiciário, a requerimento do interessado.

Quanto ao *princípio da proporcionalidade*, exige-se que as atividades administrativas sejam exercidas na exata intensidade, medida e extensão necessárias aos objetivos de interesse público às quais estão vinculadas, ou seja, a proporcionalidade entre a atividade e os meios utilizados para que o fim seja atingido. Destarte, uma medida desproporcional ao resultado pode significar a escassez de providências a ser tomadas, não satisfazendo por completo um interesse ou pretensão que poderia ser alcançada, ou mesmo o excesso, que leva o administrado a suportar constrictões em sua liberdade ou em seu patrimônio, dispensáveis ao interesse público. Em ambos os casos, fere-se tanto a lei quanto a sua finalidade, sendo, pois, o ato ilegal e, caso não seja possível retirar apenas o excesso praticado, é passível de ser invalidado pelo Poder Judiciário, quando, igualmente, requerido pelo interessado.

O *princípio do controle judicial* dos atos administrativos, constante no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁴⁸, determina que ao Poder Judiciário cabe dizer o direito no caso concreto (a conhecida jurisdição) e resolver quaisquer lides a que for submetido. Cabe ainda analisar a conformidade dos atos da Administração Pública com as regras constitucionais, infraconstitucionais e mesmo com os atos normativos infralegais, podendo, como medida preventiva ou sancionatória, anular atos inválidos, impor comportamentos aos órgãos públicos, condenar a Administração a prestações pecuniárias, dentre outras medidas legalmente previstas e possíveis.

⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 74.

⁴⁸ “Art. 5º(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O *princípio da presunção de legitimidade* ou *veracidade dos atos administrativos* é, em verdade, um atributo do ato administrativo. Os atos da Administração Pública são verdadeiros, legais e legítimos, até que se produza prova em contrário. Assim, trata-se de presunção relativa, *juris tantum*. A presunção não foi considerada como absoluta, pois, mesmo diante da finalidade constante do interesse público, pode haver desvios e abusos.

Cabe o ônus da prova a quem alega, ou seja, ao administrado interessado (a chamada *inversão do ônus da prova*) e, assim, a ilegalidade terá que ser provada. Enquanto esta não for comprovada e declarada nula pelo Poder Judiciário, os atos praticados serão válidos, exequíveis e operantes.

A legitimidade presumida decorre do princípio da legitimidade, que informa a atividade da Administração Pública, mas também conta com a colaboração da celeridade e da segurança dos atos administrativos. Presentes esses três princípios, o ato se torna passível de ser imediatamente exequível.

A presunção de veracidade significa que os fatos alegados pela Administração Pública são tidos como verdadeiros, ao passo que a presunção de legitimidade se relaciona com a conformidade dos atos praticados com a previsão legal correspondente. Ambos são tratados como um mesmo princípio, mas devem, internamente, ser diferenciados.

Por fim, o *princípio da autotutela*, segundo a qual a Administração Pública tem a prerrogativa de controlar sua própria atuação para corrigir seus próprios atos. Quando eivados de ilegalidade, poderá, o Poder Público, anulá-los, nos termos da Súmula n. 346, do STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

Alternativamente, poderá invalidar seus atos, desde que os mesmos não deem origem a direitos, ou mesmo revogá-los, com fundamentação nos

elementos do mérito, a conveniência e oportunidade, mesmo sem impugnação de terceiros interessados, segundo o texto do Enunciado n. 473, do STF:

“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 toda sorte, em qualquer das duas hipóteses supracitadas, o Poder Judiciário poderá ser provocado e deverá apreciar os atos de invalidação e de revogação. Todavia, o juiz só poderá apreciar os aspectos formais, sem que haja a análise e o controle de mérito e de seus elementos. Diante disso, é dito que o autocontrole pela Administração não é definitiva, não fazendo coisa julgada.

Observe-se que o art. 53, da Lei n. 9.784/99, que concerne ao processo administrativo federal: “A Administração deve *anular* seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode *revogá-los* por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

3.1.2 Do Serviço Público

Faz-se mister, sobre o assunto, discorrer sobre o conceito de serviço público e seus princípios. Preliminarmente, a ilustre doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim define o instituto:

“Serviço Público é toda atividade material que a lei atribui ao Poder Público, para que diretamente, ou por meio de seus delegados, sejam satisfeitas necessidades de interesse público, sob regime jurídico total ou parcialmente público. A prestação de serviços públicos é regida por princípios próprios, dentre eles a igualdade dos usuários perante o serviço, a continuidade do serviço público, a mutabilidade do regime jurídico, a generalidade e a eficiência”.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que:

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

Outra observação toca na obrigatoriedade da prestação dos serviços públicos, direta ou indiretamente, mediante concessão ou permissão. Omissa o Estado, cabe, em certas hipóteses, responsabilidade pelos danos eventualmente causados ou ação judicial que obrigue o Poder Público a prestar o serviço.

A prestação do serviço público pode se dar de forma centralizada ou descentralizada, conforme será analisado no item 3.1.1, referente aos princípios constantes do Decreto-Lei n. 200/67, que regem o conteúdo.

Quando prestadas de forma descentralizada, deve-se observar o art. 175 da Carta Magna⁴⁹, que prevê a execução do contrato por meio de concessão ou permissão, regulamentada pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, sempre por meio de licitação.

3.1.3 Princípios do Serviço Público que interessam à terceirização

O primeiro deles é o *princípio da igualdade*, que não se refere especificamente, neste item, à igualdade do caput do art. 5º⁵⁰, da CRFB, mas esta nos embasa para a discussão em questão. A igualdade, aqui, é

⁴⁹ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

⁵⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

aquela que têm os usuários perante o serviço público. Os administrados têm igualdade de direitos de exigir a prestação do serviço público de forma devida e adequada, nas mesmas condições. O citado princípio é chamado, por alguns autores, de princípio da *generalidade*⁵¹.

Daí se retira o *princípio da impessoalidade*, em que benefícios por condições pessoais não poderão ser admitidos de forma alguma, fato que ensejaria a discriminação de usuários, vedado expressamente pela Lei Maior⁵². Destarte, todos devem utilizar os serviços públicos de forma uniforme, na forma da lei.

Diferentemente se dá na situação do tratamento diferente aos desiguais, hipótese prevista e lícita, que consiste em tratar igualmente os que se encontram em iguais condições.

Cumprе salientar que José dos Santos Carvalho Filho⁵³ confere outro sentido ao princípio da igualdade (segundo ele, princípio da generalidade), relacionando o mesmo com os princípios da isonomia e da impessoalidade. Entende ele que os serviços públicos, em busca da universalidade, devem ser prestados da maneira mais ampla possível, de forma a beneficiar o maior número possível de administrados.

O serviço é indistintamente aberto à generalidade do público, ou seja, o serviço público deve ser acessível a todos. Deve-se, assim, dar concretude ao caráter público das prestações conferidas pelo Poder Público.

⁵¹ Como é o caso de Almir Morgado e José dos Santos Carvalho Filho.

⁵² “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 359/360.

O *princípio da continuidade*, também chamado de *princípio da permanência*⁵⁴, exige a prestação contínua e permanente do serviço público, que, portanto, implica na impossibilidade de sua interrupção ou suspensão, afinal, está-se diante de um direito dos administrados, relacionado à necessidade coletiva contínua de prestação de serviço público.

Tal princípio é dotado de tamanha relevância na esfera administrativa que justifica a existência de diversas regras no ordenamento jurídico, tais como a proibição de greve em atividades consideradas essenciais, restrições à regra da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos⁵⁵, o direito de encampação, assegurado à Administração Pública⁵⁶, limitação à greve dos servidores públicos, direito de ocupação provisória de bens e pessoal, na hipótese de rescisão contratual⁵⁷, vedação às férias coletivas dos servidores públicos, dentre tantas outras normas.

Os próprios regimes de concessão e permissão são formas de fazer jus à continuidade do serviço público, pois, como sabido, nem sempre o poder Público consegue prestar seus serviços de maneira contínua e, ao

⁵⁴ Segundo Hely Lopes Meirelles e Almir Morgado.

⁵⁵ A Lei n. 8.666, em seu art. 78, XV, admite que a exceção do contrato não cumprido seja usada nos contratos administrativos, mas apenas se a Administração Pública inadimplir por mais de noventa dias. Até este prazo, o particular deve suportar o ônus do inadimplemento, conforme determina a letra da lei: “o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

⁵⁶ Lei 8.987/95, art. 37: “Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

⁵⁷ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...)

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo”.

“Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: (...)

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei”.

mesmo tempo, eficiente. Daí a importância da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regulamenta o art. 175 da Carta Magna⁵⁸.

O art. 6º, §3º da referida Lei⁵⁹ admite, entretanto, em determinadas hipóteses, a descontinuidade do serviço público, não caracterizando a interrupção quando em situações de emergência ou, quando no caso de *prévio aviso*, fundamentada por razões de ordem técnica ou de segurança, ou ainda por inadimplemento do usuário, desde que não prejudique os demais.

Existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à suspensão do serviço por falta de pagamento por usuário. A discussão se prolonga, porém, não cabe, aqui, estender-se sobre o tema, haja vista não ser objeto do presente trabalho.

O *princípio da mutabilidade* implica dizer que, em nome da supremacia do interesse público, o regime jurídico pode ser alterado unilateralmente pelo Poder Público, sem que haja o direito adquirido ao *status* anterior pelos agentes e usuários do serviço correspondente. As alterações do regime jurídico devem ocorrer sempre que forem percebidas modificações das necessidades coletivas.

Haverá, com a modificação do regime jurídico, a modificação do estatuto dos servidores públicos e, igualmente, a alteração dos contratos administrativos em curso.

Por último, mas não menos relevante, o *princípio da eficiência* determina que o administrado não tenha somente direito à prestação de serviço nua, mas a mesma deve ser feita de forma célere, satisfatória e efetiva, sob pena de não se suprir a necessidade coletiva. O Poder público

⁵⁸ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

⁵⁹ § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”. [grifo nosso]

deve, sempre que possível, aperfeiçoar seus serviços segundo o progresso tecnológico, adaptando seu pessoal e suas atividades com a realidade vivida na sociedade. A demanda dos cidadãos por essa adequação está prevista no art. 175, parágrafo único, IV da CRFB⁶⁰ e deve ser obrigatoriamente observada.

Nota-se que, muitas vezes, a delegação de determinados serviços a particulares, por meio de concessão e permissão, não torna a atividade eficiente. Nessas hipóteses, torna-se mais interessante a execução direta pelo Poder Público. Nesse sentido, o princípio da eficiência guarda grande relação com a providência estatal de terceirizar as atividades ou não. Dora Maria de Oliveira Ramos discorre brilhantemente sobre essa relação, conforme se segue:

“A execução direta pelo Poder Público pode (...) trazer ganhos de qualidade a serem considerados. Outros elementos, como o desejável sigilo das informações, presente em algumas espécies de atividades, torna indesejada a rotatividade de mão-de-obra nelas alocada, própria da contratação de serviços terceirizados. Dessa forma, se uma tarefa exigir para sua execução um detalhamento tal de especificações a serem observadas pelo contratado e fiscalizadas pelo Poder Público, melhor seria deixar sua execução direta para o Estado, em vez de terceirizá-la. A decisão de terceirizar, nessas hipóteses, sofre as limitações próprias do princípio da eficiência”.

Lembre-se que, caso não deseje terceirizar, a contratação de mão-de-obra deverá ser feita, logicamente, por concurso público, nos termos do art. 37, II da CRFB.

3.1.4 Da Licitação

A contratação de empresas terceirizadas, quando efetuada na Administração Pública, exige a realização da licitação. Traçar-se-á um

⁶⁰ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...)
IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

panorama geral do instituto, apenas a título de compreensão acerca da entrada da empresa contratada na seara do Poder Público.

Define-se licitação como o procedimento administrativo prévio às contratações pelo Estado, a fim de se buscar a proposta mais vantajosa e a garantia da isonomia, diante da impossibilidade de se escolher com quem em sob quais condições se irá contratar.

No momento da habilitação, a empresa candidata deverá demonstrar capacidade financeira para vencer a licitação, em conformidade com o art. 31 da Lei n. 8.666/93⁶¹.

Contrariamente ao que ocorre com os particulares, que possuem ampla liberdade para escolher como e com quem celebrarão seus negócios, o Poder Público, quando o faz, deve estar munido de uma série de limitações à contratação e à maneira como é feita, levando-se em consideração os princípios da supremacia do interesse público, o

⁶¹ “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, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 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.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 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, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação”.

subprincípio da indisponibilidade do bem público, a impessoalidade e a legalidade.

Deve haver, destarte, a necessidade da realização da licitação, que se caracteriza como um procedimento preliminar que deve ser seguido rigorosamente nos termos da legislação, exceto quando prevista por lei a inexigibilidade da mesma ou até mesmo a sua dispensa.

Na lição de Celso Bandeira de Mello:

“Licitação – em síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados e com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”⁶².

A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos) veio a regulamentar a exigência de licitação, presente no art. 37, XXI⁶³ da Constituição Federal. Existe também legislação específica para o pregão, qual seja, a Lei 10.520/2002.

É preciso que haja a vinculação do administrador aos critérios constantes no edital, que nada mais é do que o instrumento convocatório que estabelece todas as normas da licitação, inclusive a forma de julgamento do licitante, sempre de forma objetiva.

Há quatro formas de se determinar o edital, ou seja, são quatro os *tipos de licitação* (e não modalidades) como maneiras de escolha do vencedor do processo licitatório: o melhor preço, a melhor técnica, os

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 505.

⁶³ “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: (...)”

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

melhores preços e técnicas (analisados conjuntamente) e o maior lance. Será eliminado o candidato a licitante que não cumprir os critérios do instrumento e os elementos *extras*, que não foram requeridos pelo edital, não poderão servir como critério de escolha do vencedor ou de desempate.

Segundo o *princípio da publicidade*, a licitação deve ser pública, mas suas propostas são sigilosas até o momento de sua abertura. O princípio do sigilo das propostas não ofende a necessidade de publicidade dos atos licitatórios, pois ele tem o condão de evitar o acesso de um licitante às propostas do outro, a fim de que todos compitam nas mesmas condições. Afinal, como sabido, a concorrência entre os candidatos deve respeitar os princípios administrativos da *impressoalidade* e da *igualdade* ou *generalidade*.

3.2 Evolução legislativa na Administração Pública

3.2.1 Decreto-Lei n. 200/67

No âmbito da Administração Pública, tem-se o amparo legal da terceirização no setor público por meio do art. 10, *caput* e o §7º do Decreto-Lei 200/67⁶⁴, que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa.

O que se depreende desse dispositivo é que, determinada a descentralização ampla das atividades da Administração Federal, há a necessidade da transferência à iniciativa privada da função de execução de atividades executivas, não se tratando de atividades-fim, ou seja, é a execução indireta de determinadas tarefas. Mas restou a dúvida quanto à

⁶⁴ “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. (...)”

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

determinação de quais seriam essas tarefas executivas a ser objeto da terceirização.

Destaque-se que o referido dispositivo legal estabeleceu princípios a serem considerados, a fim de se otimizar e simplificar os procedimentos administrativos.

O primeiro deles é o planejamento, segundo o qual deve haver o estudo e a determinação de metas e diretrizes para orientar a ação governamental, almejando o desenvolvimento socioeconômico do país. Deve haver a aprovação do planejamento pelo Presidente da República e todas as atividades estatais devem ser prestadas em consonância com as diretrizes estabelecidas.

Em segundo lugar, o princípio da coordenação significa harmonizar as atividades da Administração, submetendo-se ao planejamento e evitando desperdícios. A coordenação leva ao entrosamento das atividades do Poder Público, evitando os males da burocracia, tais como a duplicidade de atuações e a divergência de soluções. Assim, antes de submeter qualquer assunto a decisão de autoridades competentes, deve haver a prévia coordenação, ou seja, a passagem da matéria pelo crivo de todos os setores nele interessados; nessas hipóteses, serão proferidos pareceres que tendam a soluções integrais. Os órgãos de coordenação superior (a Casa Civil e a Secretaria Geral da Presidência) são estabelecidos pela lei que estrutura a Administração Pública Federal.

O terceiro princípio, a descentralização, merece atenção especial. Quando o Estado presta diretamente certos serviços, sem que sejam transferidos a um terceiro, a prestação é centralizada. Mas, para que se especialize, transfere-se a uma pessoa jurídica a função se dedicar exclusivamente à prestação daquele serviço, garantindo, desta forma, a eficiência, princípio a ser respeitado na esfera pública, como já visto. Tal transferência é apelidada de *descentralização*, podendo ser a execução dos

poderes estatais delegada tanto a particulares (por concessão ou permissão) quanto a pessoas jurídicas criadas pelo próprio Estado (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista – e apenas estas). A descentralização, portanto, é a atribuição dos poderes da Administração (do *organismo*) a outrem, em que a execução das atividades ou a prestação de serviços ocorre de forma indireta e mediata.

Diferente é a desconcentração administrativa, que consiste na repartição das funções entre os vários *órgãos* setorizados de uma mesma Administração (o mesmo *organismo* reparte suas funções a vários *órgãos*⁶⁵), ou seja, há uma divisão interna de atribuições, sem que se perca a hierarquia organizacional. Aqui, a execução das atividades ou a prestação de serviços se dá de forma direta e imediata, contrariamente ao que ocorre na descentralização.

Cabe observar, ainda sobre o terceiro princípio, que um ente descentralizado pode também desconcentrar suas funções, mas o contrário não é admitido.

O quarto princípio, a delegação de competência para a prática de atos administrativos, serve para desafogar o aparato público, quando as autoridades da Administração Pública delegam a seus subordinados as atribuições decisórias. O assunto encontra fulcro na Lei n. 9.784/99, em seus artigos 11 a 17⁶⁶.

⁶⁵ Vale diferenciar organismos de órgãos. O organismo é o ente da Administração Pública direta, que tem personalidade jurídica própria, quais sejam, a União, estados, municípios e o Distrito Federal. Já o órgão não tem personalidade jurídica própria, pois compõe um mesmo organismo, como é o caso de escolas públicas, prefeituras, Senado, etc. Desta forma, o órgão não contrai direitos e obrigações, não podendo, igualmente, figurar como polo ativo ou passivo em uma ação, à exceção dos órgãos independentes e autônomos, que possuem sim capacidade processual ativa.

⁶⁶ “Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

II - a decisão de recursos administrativos;

Por fim, o princípio do controle das atividades administrativas nos órgãos internos da Administração Pública se caracteriza por ser um meio de exercício do poder hierárquico, juntamente com o comando, a coordenação e a correção. Como sabido, não há hierarquia na Administração Pública direta, mas ela existe dentro dos organismos, ou seja, um órgão superior exerce o controle sobre um órgão inferior.

“Assim, o órgão superior controla o inferior, fiscalizando o cumprimento da lei e das instruções e a execução de suas atribuições, bem como os atos e rendimentos de cada servidor. O controle é um dos três instrumentos da administração direta, inclusive os entes descentralizados, normalmente não submetidos ao poder hierárquico das autoridades da Administração Direta”⁶⁷.

3.2.2 Lei n. 5.645/70

A Lei 5.645, de 10 de dezembro de 1970 (que estabelece diretrizes para a classificação dos cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais) foi então editada e regulamentou o artigo acima, definindo, em seu art. 3º, as “tarefas executivas”, objeto de execução indireta, quais sejam, “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. Trata-se de rol meramente exemplificativo, relacionado às atividades de apoio e instrumentais, ou seja, relacionadas às atividades-meio. Entretanto, esse artigo fora revogado pelo art. 18, da lei 9.527, de 10 de dezembro de 1997.

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

§ 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.

§ 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§ 3 As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

Art. 16. Os órgãos e entidades administrativas divulgarão publicamente os locais das respectivas sedes e, quando conveniente, a unidade fundacional competente em matéria de interesse especial.

Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir”.

⁶⁷ MORGADO, Almir. *Manual de Direito Administrativo: doutrina e jurisprudência*. Niterói: Impetus, 2008. p. 43.

3.2.3 Decreto 2.271/97

O Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997 foi editado frente às distorções oriundas da aplicação das diretrizes determinadas pelo Decreto 200/67, disciplinando a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Determina, em seu artigo 1º e parágrafos, que a terceirização de serviços só poderá se dar no tocante às atividades-meio (o que denominam “execução indireta”)⁶⁸.

O seu artigo 4º⁶⁹ proíbe a inclusão, no instrumento contratual, de disposições que apontem o objeto exclusivamente como fornecimento de mão-de-obra, a previsão de reembolso dos salários pela tomadora e, o mais importante, veda a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.

O que se conclui dos dispositivos acima é o induzimento à terceirização de atividades meramente executivas e operacionais na seara da Administração Pública. A autorização legal, no campo da terceirização no setor público, limita-se, portanto, às atividades-meio.

Resta, ainda assim, dúvida quanto à extensão da mesma, ou seja, quais seriam as atribuições, atividades e funções que poderiam ser objeto de terceirização.

⁶⁸ “Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

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

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

⁶⁹ “Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

- I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;
- II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;
- III - previsão de reembolso de salários pela contratante;
- IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante”.

3.3 A Súmula 331, II do TST

A referida súmula teve o condão de revisar o Enunciado nº 256, do TST, que previa a formação de vínculo direto do trabalhador com o tomador de serviços.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal, em 1988, passou-se a requerer, para a investidura em cargo ou emprego público, a aprovação prévia em concurso público ou de provas e títulos, sob pena de nulidade do ato e punição da autoridade responsável, conforme prevê o art. 37, II e seu §2º⁷⁰.

A necessidade acima referida deve, portanto, vincular as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e autarquias. Observe-se, sobre isso, que o inciso XX do art. 37⁷¹ determina, igualmente, que se faça concurso público para as subsidiárias do Estado que venham a ser criadas.

Importante ressaltar que o pressuposto do concurso público não se limita aos cargos públicos, mas inclui também aos empregos públicos, ou seja, mesmo para aqueles inseridos no regime da CLT.

Diante dessa nova exigência constitucional, foi necessário que se modificasse a redação do inciso:

“TST, Súmula n. 331. (...) 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)”. [grifo nosso]

⁷⁰ “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: (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...)

§2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

⁷¹ “Art. 37. (...) XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

Isso significa que não mais gera vínculo empregatício a prestação de serviços por trabalhador diretamente com o tomador, quando ele for a Administração Pública direta ou indireta.

O STF já cristalizou o ponto de vista supracitado, conforme ementa de decisão a seguir:

“CARGOS e EMPREGOS PUBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, merece de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, **o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público.** As autarquias, empresas publicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica esta igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, §1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição”⁷². [grifo nosso]

Importa ressaltar que o requisito da presença do prévio concurso público se mostra essencial ao plano da validade do ato, de acordo com os arts. 104, 107 e 166, IV e V do Código Civil⁷³. Será, pois, nulo o negócio jurídico que não estiver nos moldes da forma prescrita em lei.

A nulidade do contrato acaba por ser uma proteção aos cidadãos, dado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, presente no já discutido art. 8º da CLT. Logo, não cabe preferir o princípio

⁷² STF, TP, MS 21.332/DF, Rel. Min. Paulo Bossard, Brasília, 3.12.92.

⁷³ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

“Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”.

da primazia da realidade frente ao requisito do concurso público. Há, ademais, o necessário cumprimento ao princípio da legalidade, nos termos do art. 37, caput, da CRFB, que não pode ser mitigado pela alegação de descumprimento da lei. Como sabido, o trabalhador, almejando ser inserido nos quadros da Administração Pública, não pode alegar ignorância à norma que exige concurso público, à luz do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil⁷⁴.

3.4 A Orientação Jurisprudencial n. 383 da SDI-1

Trata-se de OJ recente, publicada em abril de 2010, que dispõe sobre o empregado terceirizado de forma irregular pela Administração Pública, mediante empresa interposta, comparado àqueles que foram licitamente contratados. Em havendo igualdade de funções entre os contratados ilícita e licitamente, aplicar-se-á o princípio da isonomia, garantindo ao primeiro o direito às mesmas verbas trabalhistas às quais tem direito, aplicando-se analogicamente a regra do art. 12, da Lei n. 6.019/74⁷⁵ (Lei do Trabalho Temporário), *in verbis*:

“OJ-SDI1-383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, **não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974**”. [grifo nosso]

⁷⁴ “Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

⁷⁵ “Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional”.

3.5 O Art. 19 do ADCT

Vale mencionar o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁷⁶, conhecido como “concessão constitucional de estabilidade” ou “estabilidade excepcional”. O referido dispositivo tornava estável o servidor sem concurso público (interinos, extranumerários, contratados, etc.) que já estivesse trabalhando há, pelo menos, 5 (cinco) anos.

Em verdade, trata-se de uma prática comum do constitucionalismo brasileiro: sobrevindo nova constituição (ou até nova emenda constitucional), sempre se preordenou uma disposição transitória para conceder estabilidade aos servidores públicos sem concurso, desde que preenchessem o mínimo de cinco anos de serviço prestado.

A corrente contrária à referida concessão, tendo como líder o então senador Mário Covas, conseguiu limitar a amplitude desse artigo, por meio dos parágrafos 2º e 3º, que excluem do benefício do caput os professores de ensino superior e aqueles detentores de funções, cargos e empregos de confiança ou de comissão e outros que a lei declare de livre nomeação.

Muitos advogados, estrategicamente, pediam que fosse considerada nula a contratação por empresa interposta e que se formasse vínculo direto com o Poder Público, conferindo também a estabilidade no emprego.

⁷⁶ “Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei”.

Todavia, há de se diferenciar os conceitos da estabilidade da efetividade. A efetividade é um pressuposto lógico e necessário para a concessão da estabilidade. Hely Lopes Meirelles ensina que:

"A nomeação em caráter efetivo é a condição primeira para a aquisição da estabilidade. A efetividade, embora se refira ao servidor, é apenas um atributo do cargo, concernente à sua forma de provimento, e, como tal, deve ser declarada no decreto de nomeação e no título respectivo, porque um servidor pode ocupar transitoriamente um cargo de provimento efetivo (casos de substituição, por exemplo), sem que essa qualidade se transmita ao seu ocupante eventual. (...) Não há confundir efetividade com estabilidade, porque aquela é uma característica da nomeação, e esta é um atributo pessoal do ocupante do cargo, adquirido após a satisfação de certas condições de seu exercício. **A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade. Sem efetividade não pode ser adquirida a estabilidade**"⁷⁷. [grifo nosso]

Assim também entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro, explicando o sentido do art. 19 da ADCT:

"O reconhecimento de estabilidade a esses servidores não implica efetividade, porque esta só existe com relação a cargos de provimento por concurso: a conclusão se confirma pela norma do § 1º. do mesmo dispositivo, que permite a contagem de tempo de serviço prestado pelos servidores que adquiriram essa estabilidade excepcional, "como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei"⁷⁸.

Sobre isso, aponta-se um julgado do STF que diz respeito à ementa da ADI contra o ADCT do estado do Ceará:

"I. Servidor Público: estabilidade extraordinária (ADCT/CF/88, art. 19). O Tribunal tem afirmado a sujeição dos Estados-membros às disposições da Constituição Federal relativas aos servidores públicos, não lhes sendo dado, em particular, restringir ou ampliar os limites da estabilidade excepcional conferida no artigo 19 do ato federal das disposições transitórias. II. **Estabilidade excepcional (Art. 19 ADCT): não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público** (v.g. RE 181.883, 2ª T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.09.00; 186-PR, Rezek, DJ 15.09.95; 2433-MC, Corrêa, DJ 24.8.01). III. Concurso público: exigência incontornável para que o servidor seja investido em cargo de carreira diversa. 1. Reputa-se ofensiva ao art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do "aproveitamento" de que cogita a norma impugnada. 2. Incidência da Súmula/STF 685 ("É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: RT, 1991. p. 270.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 377.

carreira na qual anteriormente investido"). IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 25, 26, 29 e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Ceará⁷⁹. [grifo nosso].

Conclui-se que a norma do art. 19, "caput", do ADCT já era imediatamente aplicável e plenamente eficaz antes mesmo da vigência e da eficácia da Lei nº. 8.112/90. Logo, o empregado público se tornou, automática e imediatamente, um funcionário público. Daí a ementa da decisão do STF, ao julgar mandado de segurança no Ceará, referente à pensão por morte antes mesmo da vigência da Lei n. 8.112/1990:

“Constitucional. Administrativo. Pensão por morte: totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. Pensão concedida anteriormente a Lei n. 8.112, de 1990. C.F., art. 40, par. 5. Lei n. 8.112, de 1990, art. 42, art. 215, art. 248. I. - Pensão por morte, concedida anteriormente a Lei nº 8.112/90: passam a ser mantidas pelo órgão ou entidade de origem do servidor. Lei n. 8.112/90, art. 248. Deverá ela corresponder ao valor da respectiva remuneração ou provento, observado o teto inscrito no art. 37, XI, da Constituição. C.F., art. 40, par. 5.; Lei n. 8.223/90, artigos 215 e 42. II. - Mandado de segurança deferido⁸⁰.

De qualquer modo, a eficácia da disposição em apreço já se exauriu, visto que já foi aplicada. Ou seja, as situações a serem submetidas por esse artigo já foram resolvidas. Afinal, trata-se de disposições temporárias, não por haver uma data determinada para a cessação, mas porque o seu exaurimento se dá quando as situações correspondentes aos fatos concretos objeto dos dispositivos forem, instantânea ou progressivamente, tendo fim.

3.6 A Súmula n. 363 do TST

O Enunciado *supra* dispõe sobre a contratação de servidor público, após a CRFB de 1988, sem prévia aprovação em concurso, encontrando óbice na regra de aprovação em concurso público e limitando o direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas

⁷⁹ STF, TP, ADI n. 289/ CE, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 9.02.2007.

⁸⁰ STF, TP, MS n. 21.521/ CE, Rel. Min. Carlos Velloso, Brasília, 2.06.1993.

trabalhadas, respeitando o valor da hora do salário mínimo e dos valores relativos aos depósitos do FGTS⁸¹.

As mesmas regras e os mesmos comentários feitos ao inciso II da Súmula n. 331 também se aplicam aqui. Frise-se, no entanto, que não pode o trabalhador receber menos que um salário mínimo hora, em virtude da comparação com o servidor público, norma contida no art. 39, §3º da Lei Maior. Para fins de esclarecimento, a Orientação Jurisprudencial n. 272 da SBDI-1 do TST determina que “... a verificação do respeito ao direito ao salário mínimo não se apura pelo confronto isolado do salário base com o mínimo legal, mas desde com a soma de todas as parcelas de natureza salarial recebidas pelo empregado diretamente do empregador”.

3.7 Providências Estatais Cabíveis para a Proteção do Patrimônio Público

Diante da presença da empresa intermediária no âmbito público, é preciso que o Estado adote mecanismos efetivos para que o seu patrimônio público não seja, de alguma forma, lesado, não apenas almejando evitar o prejuízo do interesse público, mas também o combate ao inadimplemento da empresa interposta. Eis, a seguir, alguns deles.

Primeiro, exigir que a terceirizada repasse ao ente público cópia dos relatórios mensais de adimplemento das verbas trabalhistas, comprovando que a empresa cumpriu as obrigações constantes da folha de pagamento de seus empregados. No mesmo sentido, exigir a comprovação dos depósitos regulares na conta vinculada do FGTS dos respectivos trabalhadores. Em terceiro lugar, a exigência da prova de quitação periódica das contribuições sociais e previdenciárias que não se encontram diretamente na tomadora.

⁸¹ “TST Enunciado nº 363. Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

Deve-se estabelecer, no contrato, cláusulas de indenização face aos prejuízos que o terceirizado possa vir a causar ao tomador de serviços, bem como esclarecer que o objeto da terceirização é o trabalho em si, não as pessoas que os realizam, evitando, desta forma, preferências pessoais em detrimento de outros indivíduos.

Ressalte-se que o estabelecimento de cláusulas contratuais claras e objetivas contribui para o adimplemento, no que concerne às regras claras de cumprimento e exigências materiais e às sanções expressamente previstas no contrato.

Por fim, a fim de descaracterizar a relação de emprego estabelecida diretamente com a Administração Pública, é fundamental que se elimine a *subordinação direta*. Este elemento fatalmente ocorrerá, se o tomador de serviços repassar ordens diretamente ao seu preposto ou ao supervisor da empresa, para que os mesmos exerçam o seu poder diretivo segundo a vontade do tomador.

4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NAS TERCEIRIZAÇÕES DE SERVIÇOS

4.1 Noções de Responsabilidade Civil do Estado

4.1.1 Histórico

O instituto compreende algumas fases importantes de serem entendidas, inclusive dada a importância das teorias publicísticas que passaram a permear o tema, quando da evolução da jurisprudência administrativa francesa.

A primeira fase corresponde à irresponsabilidade estatal e dos seus atos, na época das monarquias absolutistas (não incluindo, portanto, no Brasil). Tal fase perdurou por muito tempo, até 1873, quando, na França, a menina Agnès Blanco foi atropelada por um vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo. O *leading case* ficou conhecido como o caso Blanco. A partir de então, a jurisprudência do Conselho de Estado francês passou a adotar a teoria do risco, fundada na responsabilidade objetiva do Estado.

Em um segundo momento, passou-se a admitir a responsabilização apenas diante de previsão legal. Ou seja, criou-se o Estado de Direito, em que o ente cria normas e se submete a elas. Essa fase se configura como a maior das transformações, visto que se saiu de uma mentalidade de irresponsabilização para o reconhecimento de submissão às regras pelo próprio estado.

A terceira fase compreendeu a responsabilização subjetiva (a responsabilidade civilista), que exigia a presença de dolo e de culpa do agente.

Na quarta etapa, entendeu-se caber a responsabilidade pela culpa do serviço. Essa modalidade não deixa de ser subjetiva, mas não se baseia na

culpa do agente, mas na culpa do serviço, ou seja, deve haver a prova da má prestação do serviço ou a não prestação do mesmo.

A quinta e última fase, iniciada no Brasil em 1946, compõe a responsabilidade objetiva, aquela que independe de culpa. Deve haver a conduta (a prática do agente), juntamente com o dano causado e o nexo causal entre a conduta e o dano.

4.1.2 A Responsabilidade Civil Estatal conforme o Direito Civil

Seu fundamento reside na culpa, mas esta não é suficiente nos dias atuais. O mesmo ocorre com a ideia inicial da necessária presença de ato ilícito para que se dê ensejo à responsabilidade civil⁸². Daí a necessidade de pontuação pelo diploma civil acerca das demais hipóteses de cabimento de responsabilização e quando haverá a responsabilidade dependente ou não da culpa. Nesse sentido, o art. 932 do Código Civil prevê a responsabilidade civil por fato de outrem, ou seja, trata-se da extensão da responsabilidade além da pessoa do ofensor, seja juntamente com ele ou deste independente. É o que chamam de responsabilidade indireta. O seu inciso III⁸³ estabelece que o empregador, patrão, amo ou comitente é responsável pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos, pelos prejuízos causados no exercício da profissão ou por ocasião dele. Sobre isso, discorre e aprofunda Caio Mário⁸⁴:

“Quando o Código Civil de 1916 foi elaborado, a timidez legislativa autuou, empobrecendo o desenvolvimento do princípio, com a ressalva de que era necessária a prova do concurso para o dano, com a culpa ou negligência do preponente. Partindo de que a regra se justifica pela culpa *in eligendo* ou *in*

⁸² “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁸³ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. 3. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 558/559.

vigilando, evoluiu a doutrina no rumo da presunção de culpa, e a jurisprudência fixou-se no sentido de que os seus extremos consistem na demonstração do evento danoso, culpa de preposto e relação de preposição. Daí ter sido dispensável, na orientação jurisprudencial dominante sob a égide do Código de 1916, a prova da culpa concorrente do empregador. O Código de 2002 corrigiu a regra equivocada e expressamente instituiu a **responsabilidade objetiva do empregador na reparação do dano causado pelo empregado, bastando a concorrência da lesão e o estabelecimento da relação de preposição** (art. 933)”. [grifo nosso]

O art. 43 do Código Civil⁸⁵ determina expressamente a responsabilidade civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público quanto aos atos de seus agentes, nessa qualidade, causando danos a terceiros, observada a possibilidade de direito de regresso contra aqueles que tiverem dado causa direta ao fato.

Por fim, sobre a necessidade da presença de culpa, há uma corrente objetivista que procura desvincular por completo o dever de ressarcir com a ideia de culpa. Contudo, Caio Mário entende de forma diversa:

“(...) a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, podem quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É nesse sentido que os sistemas modernos se encaminham (...). Ficar somente com ela é entravar o progresso. Em nosso direito são numerosas as hipóteses em que a lei define a responsabilidade sem culpa, com a doutrina do ‘risco criado’(...)”⁸⁶.

Portanto, já se pode dizer que a regra, em nosso ordenamento jurídico, é ser a responsabilidade objetiva. Isso implica expor que se está diante de uma modalidade de imputação de responsabilidade que obriga a pessoa física ou jurídica de direito público ou privado que causou o dano a suportar os encargos decorrentes deste, independentemente da existência culpa neste contexto. Não se exclui, como já relatado, a possibilidade do direito de regresso contra aquele que deu causa direta ao prejuízo.

⁸⁵ “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., pp. 562/563.

4.1.3 A Responsabilidade Civil Estatal na Constituição Federal

A Constituição Federal, em seu artigo 37, §6º⁸⁷ assevera que as pessoas jurídicas de direito público ou privado que prestarem serviços públicos responderão pelos danos causados a terceiros, praticados pelos seus agentes, desde que no exercício de sua função ou a esta relacionados.

Registre-se que o referido dispositivo constitucional faz referência à responsabilidade extracontratual do Estado, enquanto a responsabilidade do tomador no processo de terceirização é de índole contratual, como será visto mais adiante.

O direito de regresso do Estado ao agente é garantido, mas deve ser comprovado o dolo ou a culpa do mesmo na sua conduta.

Conclui-se que, diante do texto constitucional, que dispõe apenas sobre a responsabilidade pelos danos, a responsabilidade do Estado é objetiva, ou seja, independe de dolo ou de culpa, ao passo que a responsabilidade do agente público, quando do direito de regresso, é subjetiva, devendo estar presente o dolo ou a culpa.

Em segundo lugar, deve ser observado que, no dispositivo, é expresso que não só os entes públicos são responsáveis objetivamente, mas também os particulares que prestem serviço público, por meio de concessão ou de permissão. Neste caso, como veremos adiante, a responsabilidade primária é da pessoa jurídica de direito privado e, subsidiariamente, do Estado.

⁸⁷ “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: (...)”

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Em suma, a Administração Pública somente responde objetivamente quando se apresenta com o seu *ius imperii*, visando à prestação de serviço público, acabando por causar dano a outrem.

Contudo, cumpre atentar ao fato de que o Estado não responderá quando empresas forem criadas para explorar a atividade econômica. Da mesma sorte, a contratação de empresa prestadora de serviço não caracteriza serviço público, muito menos se enquadra no poder de império da Administração Pública, mas meramente a prática de um ato de gestão.

O STF, em julgado de agosto de 2009, declarou que o art. 37, §6º, da Carta Magna não diferencia a responsabilidade objetiva da empresa particular prestadora de serviços frente a um terceiro usuário ou não usuário. Haverá, pois, a responsabilidade objetiva da mesma maneira, conforme ementa a seguir:

“CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - **A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.** II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido”.⁸⁸ [grifo nosso]

4.1.4 Caracterização da Responsabilidade Civil Objetiva

Para que se caracterize a responsabilidade objetiva, é desnecessária a presença de dolo, culpa ou ilicitude, mas é preciso que haja a conduta do agente público, que cause dano a terceiro e que haja um nexo de causalidade entre a prática e o dano causado (desde que decorrente do agente, não exclusivamente da vítima). Frise-se, a falta de qualquer desses

⁸⁸ STF, TP, RE 591874 / MS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 26 de agosto de 2009.

elementos, adicionando-se o caso fortuito e a força maior, há a excludente da responsabilidade estatal.

O fundamento da responsabilidade é o risco, sobre o qual pairam duas correntes. A teoria do risco administrativo defende que garantir o interesse de todos é um risco do Estado. Logo, se alguém sofrer um dano em nome do interesse público, o ente deve indenizá-lo, pois faz parte do risco assumido.

O que não pode existir é a culpa exclusiva do terceiro que sofreu o dano. Nessa primeira teoria, possibilita-se que o Poder Público comprove a existência ou não do ato, do dano e do nexo causal, admitindo-se, por conseguinte, a redução ou até a exclusão da responsabilidade, fato que deve ser analisado caso a caso.

Já a teoria do risco integral é adotada por doutrinadores mais radicais, defendendo que o Estado é garantidor universal e que, portanto, responderão objetivamente, independentemente da presença de excludentes. O Enunciado 331, IV, do TST adota tal corrente, colidindo, de certa forma, com o raciocínio adotado pelo país.

Em regra, o Brasil adota a teoria do risco administrativo. Mas, em três hipóteses, haverá exceções. A primeira delas é a responsabilidade decorrente de dano nuclear, hipótese esta que não admite excludente, por se tratar de um cuidado diferenciado para evitar o dano.

O dano ambiental também não admite excludente, desde que o ato causador seja comissivo, não omissivo. Por fim, a custódia, que engloba, para a doutrina, risco integral. Entretanto, para muitos doutrinadores, as duas teorias são sinônimas e admitem, em todas as hipóteses, as excludentes de responsabilidade do Estado.

4.2 A Súmula 331, IV do TST

O presente inciso do enunciado do TST trata da responsabilidade subsidiária do Estado, na qualidade de tomador de serviços, quanto às obrigações trabalhistas. Trata-se de uma construção jurisprudencial, haja vista a ausência de regulamentação sobre a matéria na legislação do trabalho, que assim assevera:

“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)”.
[grifo nosso]

A palavra subsidiária tem origem no latim *subsidiarius*, ou seja, secundário, auxiliar ou supletivo. Logo, a expressão responsabilidade subsidiária significa aquela que reforça a responsabilidade principal, primária, desde que esta não seja suficiente para atender os imperativos da obrigação assumida⁸⁹. Assim, configura-se como uma espécie de benefício de ordem, em que o chamamento à responsabilização do tomador só se dará se impossível o cumprimento da obrigação pelo devedor principal, a empresa interposta, prestadora de serviços.

Considera-se obrigação trabalhista, além das dispostas na legislação do trabalho, a multa do art. 477, §8º da CLT⁹⁰.

⁸⁹ Conceito dado por SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1332.

⁹⁰ “Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha

§ 6º - O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos:

a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou

b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento. (...)

§ 8º - A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora”.

A Resolução n. 96/2000 alterou a redação originária do inciso IV⁹¹, incluindo expressamente a responsabilidade subsidiária dos órgãos da Administração direta, autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas. Há de se expor, sobre a modificação da redação do inciso indicado, comentário de Francisco Antonio de Oliveira:

“É que a redação anterior do inciso IV tinha o inciso II como uma exceção à regra, o que de certa forma incentivou contratações pelo Poder Público, principalmente prefeituras e empresas públicas. Quando acionadas, apresentavam o argumento de que haviam contratado *contra legis*, mas que não poderiam ser responsabilizadas, invocando o inciso II. Era o locupletamento com a própria torpeza. Com a modificação, a mais alta Corte Trabalhista coloca as coisas em seus devidos lugares e passa a responsabilizar o Poder Público. Modificação oportuníssima”.

A razão de ser da providência supra é exatamente o fato de a empresa tomadora ser a beneficiária final dos serviços prestados pelo empregado. Em segundo lugar, segundo o princípio da alteridade, é o empregador quem assume os riscos do negócio, devendo o empregado receber a sua remuneração devida.

Outro fundamento decorre da interpretação analógica do art. 16 da Lei 6.019/74 e do art. 455 da CLT, que, dentre outros princípios já citados, baseiam-se na efetividade e na preferência no recebimento dos créditos trabalhistas (inclusive nos de natureza falimentar⁹²), na dicção do art. 2º da CLT e do art. 100 da CRFB⁹³.

⁹¹ “IV - O Inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

⁹² A Lei 11.101 (Lei de Recuperações e Falência), em seu art. 83: “A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho”.

⁹³ “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo”.

O enunciado almeja, com sua redação, estimular as tomadoras a contratar empresas intermediárias idôneas e, ainda assim, fiscalizá-las frequentemente; caso contrário, a responsabilidade subsidiária recairá sobre as primeiras, com fundamentos de culpa *in eligendo* (na escolha da empresa prestadora de serviços) e/ou culpa *in vigilando* (na ausência de vigilância sobre as mesmas).

É de se frisar que a culpa *in eligendo* se baseia no elemento culpa, configurando-se, desta forma, a responsabilidade subjetiva. Mas o art. 37, §6º da CRFB não exige a culpa para a caracterização da responsabilidade objetiva, mas apenas o elemento dano.

É certo que, como já visto, no caso de ser tomadora a Administração Pública, resta dúvida, para a doutrina de Direito Administrativo, quanto à presença da culpa *in eligendo*, visto que a contratação das empresas intermediárias se dá por licitação, conforme já visto no capítulo 3. Sendo certo que a licitação é um processo administrativo que evita a escolha arbitrária pela Administração Pública de uma determinada empresa, alguns entendem que a responsabilidade subsidiária da mesma teria fundamento apenas na culpa *in vigilando*.

O trabalhador, ao propor sua ação contra a sua empregadora, deve, primariamente, comprovar que prestou os serviços à empresa tomadora, pois cabe a ele a prova dos fatos constitutivos do seu direito (art. 333, CPC) e, em segundo lugar, incluir no polo passivo também a empresa tomadora, para que responda de forma subsidiária, em casos de ausência de idoneidade econômica ou financeira por parte da primeira. Primeiro, porque se trata de garantia de cumprimento da obrigação ao empregado. Segundo, que o próprio enunciado 331, IV do TST exige que o tomador tenha participado da relação processual, além da obrigatoriedade de que conste título executivo judicial. Afinal, para ser passível de ser executada, a tomadora deve ter participado da fase de conhecimento do processo.

A regra já era prevista na antiga Súmula 205, do TST⁹⁴, cancelada em 2003, que exigia que todas as empresas do grupo econômico figurassem no polo passivo da ação para que, futuramente, pudessem ser executadas. Sobre isso, cumpre ressaltar que o art. 2º, §2º da CLT⁹⁵ determina que, na hipótese de empresas de mesmo grupo econômico, a responsabilidade para as mesmas será sempre solidária.

Ademais, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil⁹⁶, a coisa julgada só traz efeitos às partes, não a terceiros, como regra. Assim, quando a tomadora não figura o polo passivo e a sentença transita em julgado, não há possibilidade de esta ser executada.

Essa exigência é razoável, não só ao trabalhador, mas também à Administração pública, que, como empresa tomadora, terá o direito de regresso contra a prestadora de serviços inadimplente.

Embora não haja sido expressamente conferido esse direito, aplica-se, analogicamente, a regra do art. 455, parágrafo único da CLT⁹⁷.

Ressalte-se que a responsabilidade aqui discutida é objetiva. Caso não o fosse, dar-se-ia margem à prática da fraude, porque permitiria a

⁹⁴ “TST Enunciado nº 205 - Responsável Solidário - Relação Processual Trabalhista. O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução”.

⁹⁵ “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (...)”

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”. [grifo nosso]

⁹⁶ “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

⁹⁷ “Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo”. [grifo nosso]

discussão da existência ou não da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, cuja aplicação vem sendo afastada pelo TST, mesmo quando o Estado figura como tomador dos serviços.

4.3 A Orientação Jurisprudencial n. 382 da SDI-1

A referida OJ, de abril de 2010, trata da hipótese de condenação subsidiária da Fazenda Pública, desde que apenas ela seja condenada, sem a presença de outro sujeito no polo passivo.

Como se trata de responsabilidade subsidiária, não se aplica à Fazenda Pública o benefício da limitação à incidência de uma única vez dos juros de mora, conforme determina o art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97. Assim determina a orientação jurisprudencial:

“OJ 382. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494, DE 10.09.1997. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA QUANDO CONDENADA SUBSIDIARIAMENTE. A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.1997”.

4.4 A divergência entre a Súmula 331, IV do TST e o art. 71, da Lei 8.666/93

Existe um embate doutrinário acerca da aplicação da jurisprudência do TST, nas condições efetuadas pela Administração no âmbito das terceirizações.

Duas correntes se formam sobre o assunto: a primeira delas defende que a Súmula 331, IV é plenamente aplicável, ao passo que a segunda defende o entendimento da inaplicabilidade do verbete, considerando a legislação vigente sobre licitações e contratos celebrados na seara pública. As citadas correntes serão objeto de estudo nos itens a seguir.

4.4.1 Art. 71 e parágrafos da Lei 8.666/1993

O artigo aqui discutido trata da responsabilização do ente público quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários. A redação dos seus parágrafos foi alterada pela Lei 9.032, de 28 de abril de 1995, mas, originariamente, já se dispunha sobre a não responsabilização dos órgãos da Administração Pública pela inadimplência do contratado:

“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”.

Alguns doutrinadores defendem a não aplicação da Súmula 331, devendo, pois, prevalecer o texto do artigo supracitado. O primeiro deles é Marcos Juruena Villela Souto, que declara, em sua obra:

“O Enunciado 331, inciso IV do TST trata da relação regida pelo Direito do Trabalho e, por óbvio, no âmbito do Direito Administrativo, não se busca contornar nenhum direito de servidor celetista (já que seu vínculo com os servidores é estatutário)”. Finaliza argumentando que “não cabe acionar o Estado na Justiça do Trabalho nem, muito menos, condená-lo, por responsabilidade subsidiária (como entendeu o Enunciado nº 331 do TST)”⁹⁸.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho defende que:

“A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária perante os credores do contratado. Mesmo quando as dívidas se originarem da operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros”⁹⁹.

Os defensores da aplicação da Lei de Licitações também alegam que ao verbete do TST foi atribuída força de lei, fazendo-o prevalecer sobre

⁹⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. pp. 387/388.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 566/567.

uma lei ordinária, tendo sido esta oriunda do devido processo legislativo, em cujas regras foram determinadas de forma clara e objetiva. Desta forma, segundo eles, fazem prevalecer os interesses dos trabalhadores, de natureza privada, em detrimento do interesse público. O princípio da supremacia do interesse público seria, para eles, completamente afastado pelo princípio da proteção, informador do Direito do Trabalho.

Ainda sobre essa primeira crítica ao enunciado, é dito que, antes da sua modificação pela já mencionada Resolução n. 96/2000, havia a convergência de opiniões, pois não havia, em seu teor, a menção aos órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta.

Outra crítica, de cunho prático deveras relevante e preocupante, diz respeito à apresentação, por parte das empresas prestadoras de serviços, de documento de idoneidade no processo licitatório, oferecendo preços mais baixos e, em tese, condições mais favoráveis, terminando por vencer a licitação. Porém, muitas vezes, desaparecem no curso do cumprimento do contrato, sem deixar rastro (as famosas empresas “fantasma”), ou começam a descumprir as regras contratuais. Ou seja, acaba-se por incentivar a fraude.

A doutrina em cena remete ainda à questão da falta de culpa *in eligendo* na atuação do Poder Público. O fundamento se baseia na presunção de legitimidade dos atos administrativos, bem como na própria Lei de Licitação, que estabelece que a eleição é previamente definida em lei, sendo certo que a discricionariedade do ente público está subsumida aos preceitos legais. Uma vez definidas as condições no edital de licitação, todos os procedimentos que o ato requer, tais como habilitação, apresentação e julgamento das propostas, estão adstritos aos termos da lei.

Portanto, se uma determinada empresa teve sua proposta vencedora, tendo ela apresentado os documentos comprovantes de sua regularidade e idoneidade e, não sendo o processo licitatório eivado de vícios, e, por fim,

em sendo ela que apresentou a melhor proposta, a ela será adjudicado o objeto da licitação. Ora, nesse sentido, entender-se-ia que houve a regular licitação e que o Poder Público, em tese, cumpriu as formalidades legais. Portanto, para os defensores da teoria em tela, a Administração não poderia se responsabilizar por fato superveniente, que seria o descumprimento do contratado pelo adimplemento das verbas trabalhistas.

A crítica maior que se faz quando se aceita essa tese diz respeito à consequente vulnerabilidade do empregado, dada a ausência de responsabilização pelo ente público, quando da inadimplência por parte do contratado.

4.4.1.1 Nota Técnica nº 229/AACF/PGF/AGU/2009: crítica à responsabilidade subsidiária estatal

Vale destacar, sobre a matéria, a Nota Técnica nº 229/AACF/PGF/AGU/2009¹⁰⁰, de 4 de setembro de 2009, assinada pelo Procurador Federal Dr. Aloizio Apoliano Cardozo Filho, que defende a não aplicação do Enunciado n. 331, IV do TST, versando sobre a inexistência de responsabilidade subsidiária da Administração pelo pagamento de encargos trabalhistas e propondo a adoção de medidas para minorar os efeitos da aplicação da referida súmula.

Uma das propostas é que as Procuradorias Federais atuem junto às autarquias e fundações públicas, orientando-as a adotar uma postura mais ativa quanto à fiscalização de contratos de terceirização, como forma de se defender o Poder Público em processos da espécie, vez que “não se conseguir recuperar, regressivamente, os valores eventualmente despendidos, em virtude da falência ou desaparecimento das empresas terceirizadas e de seus administradores/sócios (...)”. O Procurador Federal

¹⁰⁰ Decorrente do Memorando-circular n. 01/2009/CONSU/PGF/AGU – Processo 00424.005891/2009-56.

acredita que a grande questão gira em torno da fiscalização diligente do cumprimento da legislação trabalhista por parte da empresa contratada, bem como a presença de um processo licitatório regular. Segundo a NT, ambos podem contribuir:

“... para se obter um provimento jurisdicional reconhecendo a inexistência de responsabilidade subsidiária do Ente Público, por ausência de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, conforme precedente da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª. Regional”.

Segundo ele, seria fundamental que quaisquer cobranças, por parte da Administração Pública, sobre regularização, reclamações ou observações sobre eventual descumprimento por parte da contratada seja endereçada diretamente ao empregador, evitando-se qualquer tipo de ordem direta aos empregados terceirizados.

Por fim, a NT elenca uma série de medidas consideradas cabíveis na hipótese de inadimplemento da empresa terceirizada. Dentre elas, quatro se destacam:

“(...) a aplicação de multa prevista no contrato, descontada a garantia, ou, até mesmo a rescisão do contrato, unilateralmente pela Administração, com retenção dos créditos decorrentes do ajuste, conforme o caso, sempre por meio de regular processo administrativo (...); medidas judiciais para resguardar os interesses da Fazenda Pública, inclusive, no que tange ao bloqueio judicial dos créditos por ventura existentes ou à autorização judicial para quitação dos encargos trabalhistas diretamente aos empregados da empresa contratada (...); possibilidade de pagamento da fatura via judicial mediante ação de consignação em pagamento, com ciência da medida ao Ministério Público do Trabalho, colocando-se, assim, os valores à disposição da Justiça Trabalhista para que pague, em sede de ação individual ou coletiva, os salários dos trabalhadores, liberando ao contratado/empregador o saldo remanescente, se houver (...); outra possibilidade que consiste na atuação extrajudicial da Procuradoria Federal junto à entidade, conjuntamente com o Ministério Público do Trabalho, objetivando a assinatura do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), pelo empregador, assegurando-se, assim, o pagamento dos encargos trabalhistas devidos pelo contratado aos empregados terceirizados”.

4.4.1.2 Adeptos da aplicação da Súmula n. 331, IV do TST

Para os adeptos da aplicação da Súmula n. 331/TST, o Art. 71, §1º da Lei 8.666/93 cria um privilégio que fere a responsabilidade objetiva do

Estado, presente no Art. 37, §6º da Constituição Federal. O entendimento não se modifica, caso se entenda que a responsabilidade seja subjetiva.

O dispositivo *supra* viola também o princípio da igualdade, visto que outras empresas devem pagar os encargos trabalhistas, inclusive porque a prestação de serviços tem a mesma natureza, diferenciando-se apenas o empregador direto.

Outrossim, o art. 173, II da Carta Magna¹⁰¹ determina o respeito às regras trabalhistas, por parte das sociedades de economia mista e das empresas públicas que explorem atividades econômicas. Sendo assim, o pagamento das dívidas trabalhistas deve ser efetuado.

O principal motivo que leva os tribunais a aplicar a Súmula n. 331 do TST se liga à falta de fiscalização, na prática, da Administração Pública em relação às empresas terceirizadas. Acabam, estas, por cumprir o contrato da maneira que melhor lhes convier, não atendendo nem ao interesse público, muito menos ao interesse do trabalhador.

Não se deve afastar a natureza alimentar do salário do trabalhador, que depende deste não só para a sua sobrevivência, mas também de sua família (o mínimo existencial), em nome da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais aos quais todos têm direito.

O Colendo TST reconhece que o art. 71, §1º da Lei de Licitações e Contratos adere ao entendimento da vedação à responsabilidade direta ou solidária da Administração Pública, mas não a subsidiária, nos termos da ementa do seguinte acórdão:

¹⁰¹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTIDADE PÚBLICA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS O sistema da terceirização de mão-de-obra, em sua pureza, é importante para a competitividade das empresas e para o próprio desenvolvimento do País. Exatamente para a subsistência deste sistema de terceirização é que é fundamental estabelecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando a prestadora de serviços é inidônea economicamente. Naturalmente, estabelecendo-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, este se acautelará, evitando a contratação de empresas que não têm condições de bem cumprir suas obrigações. Isto evitará a proliferação de empresas fantasmas ou que já se constituem, mesmo visando a lucro fácil e imediato às custas de direitos dos trabalhadores. Os arts. 27 a 56 da Lei 8.666/93 asseguram à Administração Pública uma série de cautelas para evitar a contratação de empresas inidôneas e para se garantir quanto a descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços, inclusive a caução. Se, no entanto, assim não age, emerge clara a culpa *in eligendo* e *in vigilando* da Administração Pública. E, considerando o disposto no § 6º do art. 37 e no art. 193 da Constituição Federal, bem poder-se-ia ter como inconstitucional o § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 se se considerasse que afastaria a responsabilidade subsidiária das entidades públicas, mesmo que houvesse culpa *in eligendo* e *in vigilando* na contratação de empresa inidônea para a prestação de serviços. Neste sentido se consagrou a jurisprudência desta Corte, tendo o item IV do Enunciado 331 explicitado que "o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)". Recurso conhecido e provido”¹⁰².

Em outro julgado, o TST entende da mesma forma a responsabilidade subsidiária do Poder Público:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA Nº 331, IV, TST. Em se tratando de típica terceirização, evidenciado o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do contratado, deve ser atribuída à contratante a responsabilidade subsidiária. Nessa hipótese, não se pode deixar de lhe atribuir, em decorrência de seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado (culpa *in vigilando*), a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, o dever de responder, supletivamente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. 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, quando causar danos a terceiro. Inteligência da Súmula nº 331, IV, do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento”¹⁰³.

¹⁰² TST, 2ªT., RR - 523.658/98.0, Rel. Ministro Vantuil Abdala, Brasília, 6 dez. 2000.

¹⁰³ TST, 6ªT., AIRR - 134140-18.2000.5.02.0445, Rel Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, Brasília, 11 jun 2008.

A 6ª Turma do TRT da 1ª Região discutiu também o dispositivo da Lei de Licitações e Contratos e, mais uma vez, ratificou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, conforme os trechos principais do acórdão:

“(…) A regra do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93 não é aplicável em sede trabalhista, porque atenta contra o princípio da proteção ao crédito do trabalhador, que é de natureza alimentar e que norteia todo o ordenamento jurídico. Verificando-se a colisão entre os princípios, o da proteção do interesse público e o da proteção ao trabalhador, prevalece aquele capaz de realizar o Direito no caso concreto. Daí a impertinência de se qualificar como inconstitucional a interpretação do Tribunal Superior do Trabalho expressa na súmula n. 331. Ao contrário, (...), permite a concretização dos princípios constitucionais (...). O art. 37, §6º da Constituição da República garante a responsabilidade objetiva da Administração Pública aos danos causados direta ou indiretamente a terceiros, pelo que, se houvesse necessidade de discutir a integridade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, não teríamos dúvida em considerá-lo inconstitucional. Ainda que considerássemos a responsabilidade subjetiva, no mesmo capítulo do art. 71 (Da Execução dos Contratos), o art. 67 da Lei 8.666/93 estabelece que é dever da Administração acompanhar e fiscalizar o contrato pactuado com o vencedor do processo licitatório. Se não realiza esta fiscalização e controle, responde pelo inadimplemento dos direitos do empregado da prestadora de serviços. Assim concluímos quando observando o art. 70, “in fine” da Lei 8.666/93. (...) Portanto, mesmo que se entenda que a hipótese não é de responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, a má escolha da empresa intermediária caracteriza culpa *in eligendo* e a falta de fiscalização, culpa *in vigilando*. Esclareço, por fim, que não há qualquer violação à regra do concurso público, expressa no art. 37, II, §2º da Constituição da República, pois não se postula vínculo de emprego entre o trabalhador e a administração, mas tão somente a responsabilização desta de forma subsidiária”¹⁰⁴.

O TRT, em decisão recente, proferiu acórdão conferindo responsabilidade subsidiária da SEDAE, frente ao inadimplemento da empresa contratada, conforme magnífico discurso do Rel. Desembargador Jose Nascimento Araujo Netto:

“CONHECIMENTO. Conheço do Recurso Ordinário, porque preenchidos os requisitos legais de admissibilidade. MÉRITO. a r. decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos (Art. 895, § 1º, IV, do CLT). Correto o Juízo em reconhecer a responsabilidade subsidiária da CEDAE, porquanto esta deflui do inadimplemento de obrigações decorrentes do contrato de trabalho por parte da 1ª reclamada, o que autoriza a imposição de responsabilidade ao tomador de serviços quanto a tais obrigações, consoante jurisprudência dominante de nossos Tribunais, cristalizada na Súmula nº 331, do C.TST. Registre-se que é inaceitável que o autor, parte hipossuficiente da relação empregatícia, a qual depende da

¹⁰⁴ TRT, 1ª Região, 6ª T., RO 709-2005-511-01-00-7, Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte, Brasília, 17 mai 2007.

contraprestação salarial para a sua subsistência e de seus familiares, possa suportar os ônus decorrentes do inadimplemento por parte da primeira reclamada com relação a suas obrigações de empregador. O fato do recorrente ter auferido vantagens provenientes da força-de-trabalho desprendida pelo reclamante, bem como sua culpa *in eligendo*, ao contratar com empresa que se mostrou inidônea, e sua culpa *in vigilando*, ao não diligenciar o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada, autorizam, por si só, a responsabilidade subsidiária da reclamada (art. 186 do Código Civil). Segundo leciona Francisco Antonio de Oliveira a irresponsabilidade patenteada pela empresa interposta que recebe a paga e não repassa e a tomadora que engloba no seu patrimônio a força do trabalho, poderia levar ao incentivo de conluio entre a empresa tomadora e a fornecedora da mão-de-obra, deixando o trabalhador desprotegido e prejudicado, o que deve ser repudiado pelo Judiciário. Ressalte-se, ainda, que a licitude dessa intermediação de mão-de-obra não afasta a responsabilidade subsidiária daquele que se beneficiou diretamente da prestação de serviços, quanto às obrigações trabalhistas, nos termos de uma interpretação sistemática dos arts. 455 e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Por fim, registre-se que o entendimento consubstanciado na Súmula 331 do C. TST não ofende o art. 5º II, da Constituição Federal, pois a referida Súmula não padece de inconstitucionalidade ou ilegalidade, representando a jurisprudência dominante no C. TST sobre a ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, a possibilidade da terceirização de serviços em atividades-meio e a responsabilização do tomador dos serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, esta baseada na teoria da responsabilidade civil, interpretando os dispositivos legais atinentes no âmbito das relações de trabalho. Ademais, a violação do referido dispositivo constitucional depende de ofensa a norma infraconstitucional, de forma que, somente após caracterizada esta última, pode-se, indireta e reflexivamente, concluir que aquela igualmente foi desrespeitada. São as normas infraconstitucionais que viabilizam referido preceito constitucional, emprestando-lhe efetiva operatividade no mundo jurídico. A responsabilidade em tela é secundária e abrange quaisquer parcelas oriundas do contrato de trabalho, inclusive multas, pelo que correta a r. decisão recorrida também nesse aspecto. Nego provimento. CONCLUSÃO. Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, nego provimento”¹⁰⁵.

Diante dos julgados *supra*, concretiza-se a aplicação dos conceitos de culpa *in eligendo* (caracterizado como a má escolha do contratante) e culpa *in vigilando* (configura-se como a má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos).

Há de se discorrer, a título de observação, acerca do parágrafo segundo do art. 71 da Lei n. 8.666/93. O referido dispositivo trata da responsabilidade solidária do Poder Público com o contratado quanto aos encargos previdenciários decorrentes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/91. Ocorre que este artigo foi modificado pela Lei

¹⁰⁵ TRT, 1ª Região, 1ª T., RO 0000169-36.2010.5.01.0049, Rel. José Nascimento Araújo Netto, Rio de Janeiro, 7 out. 2010.

n. 9.711/98, deixando de tratar da responsabilidade solidária, mas da retenção de 11% sobre o faturamento da empresa contratada. Desta forma, o art. 71, §2º foi tacitamente revogado. Portanto, diz-se que não mais existe responsabilidade subsidiária entre a Administração Pública e a empresa contratada quanto aos encargos previdenciários decorrentes da execução do contrato.

Vale frisar que uma doutrina minoritária defende que ambos os dispositivos legais conseguem conviver, pois a responsabilidade prevista no art. 37, §6º, CRFB seria extracontratual, ao passo que a responsabilidade subsidiária, derivada do verbete e aplicada pelos tribunais, seria contratual. Assim entende a Advogada da União Gisele Hatschbach Bittencourt, que avalia o assunto da seguinte forma:

“Finalmente, entendemos que a responsabilidade prevista no Enunciado 331 do TST não se confunde com o regime de responsabilidade extracontratual do Estado, previsto no art. 37, §6º da CF/88, primeiro, porque, como a própria expressão está a indicar, ela é extracontratual, enquanto que a subsidiária decorre do contrato de prestação de serviço entre o Estado e a empresa contratada. Além disso, na responsabilidade subsidiária, ausente um dos pressupostos lógicos da responsabilização, o nexa causal entre qualquer conduta pública e o prejuízo sofrido pelo trabalhador, aliado à circunstância de não ser dada oportunidade de o Estado reduzir ou excluir sua responsabilidade”¹⁰⁶.

Para a Advogada da União, “na responsabilidade subsidiária, não há o nexa causal entre o prejuízo sofrido pelo trabalhador e qualquer conduta do Estado”.

É de se esperar, no entanto, que os servidores das pessoas jurídicas de Direito Público, como os Procuradores Federais, Advogados da União, etc. defendam a aplicação da legislação mais favorável à Administração Pública.

¹⁰⁶ BITTENCOURT, Gisele Hatschbach Bittencourt. *A Responsabilidade Subsidiária dos Entes Públicos nas Terceirizações de Serviços Fundada no Enunciado 331, IV do TST*.

4.5 Notícias do TST sobre a controvérsia da Lei de Licitações com a Súmula n. 331, IV, do TST

O TST, em decisão recente, de setembro de 2010, afastou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, mas ratificou que a “Licitação pública não exclui responsabilidade subsidiária da União”, conforme acórdão proferido:

“RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UNIÃO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. PROJETO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE SISTEMA INTEGRADO PARA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1. A Corte Regional entendeu que, embora a União tenha se beneficiado dos serviços de analista de ciência e tecnologia prestados pela reclamante, empregada do Instituto Virtual de Estudos Avançados, inexistente responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública quando a contratação é precedida de licitação, da qual não se alega qualquer irregularidade. 2. **Todavia, a realização de procedimento licitatório não é suficiente para afastar a responsabilidade trabalhista da Administração Pública que contrata com instituição privada a prestação de serviços técnicos, e a contratada se torna inadimplente no pagamento das verbas rescisórias e multa do art. 477, § 8º, da CLT, haja vista a responsabilidade objetiva do Estado estabelecida no art. 37, § 6º, da Carta Magna e consagrada no item IV da Súmula nº 331 desta Corte Superior.** 3. O Plenário do Tribunal Superior do Trabalho, na oportunidade do julgamento do IUI-RR-297751/1996.2, que ensejou a nova redação da mencionada Súmula, em observância ao art. 97 da Constituição da República, conferiu interpretação ao art. 71 da Lei nº 8.666/93, em conformidade com as disposições do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que consagra a responsabilidade objetiva estatal, alcançando multas e indenizações. 3. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido ao absolver a União da responsabilidade subsidiária. Recurso de revista conhecido e provido”¹⁰⁷. [grifo nosso]

A página eletrônica do TST deu explicações sobre como se deu o julgamento, o histórico e os precedentes da decisão:

“A realização de licitação não afasta a responsabilidade trabalhista da Administração Pública ao contratar com instituição privada. Com esse entendimento, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho restabeleceu sentença que condenou subsidiariamente a União a pagar débitos trabalhistas a uma trabalhadora contratada por empresa terceirizada para prestar serviços ao Ministério da Previdência Social. A trabalhadora foi contratada pelo Instituto Virtual de Estudos Avançados (Vias), como analista de ciência e tecnologia, para prestar serviços ao Ministério da Previdência Social em um projeto de educação à distância. Após um ano de contrato com o instituto, a analista propôs ação trabalhista contra a empresa requerendo o pagamento de verbas trabalhistas,

¹⁰⁷ TST, 1ª T., RR-492000-44.2006.5.12.0014, Rel. Min Waldir Oliveira da Costa, Brasília, 22 set. 2010.

como férias vencidas e proporcionais, 13º salário, aviso-prévio e FGTS, além da responsabilidade subsidiária da União (Ministério da Previdência Social) enquanto tomadora de serviços. Ao analisar a ação, o juízo de primeiro grau acolheu parcialmente os pedidos da analista e condenou o instituto - e, subsidiariamente, a União - ao pagamento das verbas trabalhistas. Diante disso, a União recorreu ao Tribunal Regional da 12ª Região (SC), que reformou a sentença e a absolveu da responsabilização subsidiária. O TRT entendeu que a realização prévia de licitação por parte do Ministério da Previdência foi suficiente para eximir o ente público da responsabilidade subsidiária na contratação de serviços terceirizados. Isso porque, destacou o Regional, o fato de não ter havido irregularidade na licitação, presume-se a correta vigilância do órgão público quanto à idoneidade da empresa contratada, o que afasta a declaração dos institutos chamados “culpa *in eligendo*” e “culpa *in vigilando*”. Esses conceitos fundamentam a configuração da responsabilização subsidiária da tomadora do serviço uma vez que se imputa ao órgão contratante uma falta de vigilância e uma má escolha para com a empresa contratada. Contra essa decisão do TRT, a analista interpôs recurso de revista ao TST, alegando ter sido ônus da União fiscalizar o modo como o Instituto Virtual de Estudos Avançados procedia quanto aos direitos trabalhista de seus empregados. O relator do recurso, ministro Walmir Oliveira da Costa, deu razão à trabalhadora. Segundo o ministro, a realização de procedimento licitatório é um requisito para a contratação de serviços pela Administração Pública, mas esse tipo de seleção não consegue, por si só, afastar a responsabilidade do ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas a cargo do contratado. Assim, segundo o relator, aplica-se ao caso a responsabilidade objetiva do Estado (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal), consagrada no item IV da Súmula nº 331 do TST, segundo o qual 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. Walmir Oliveira da Costa ainda ressaltou que o TRT desconsiderou declaração de defesa da União de que o Instituto Virtual de Estudos Avançados foi contrato por inexigibilidade de licitação. Assim, ao seguir o voto do relator, a Primeira Turma decidiu, por unanimidade, restabelecer a sentença que condenou a União como responsável subsidiária pelo débito trabalhista. (RR-492000-44.2006.5.12.0014)¹⁰⁸.

A Relatora Ministra Alice Monteiro de Barros, da 7ª Turma do TRT da 3ª Região (Minas Gerais), em acórdão recentemente proferido, firmou a posição de que a isenção da responsabilidade subsidiária do Poder Público traduz conflito entre normas vigentes, negando provimento ao recurso ordinário interposto pelo DER, de Minas Gerais, cujo reclamante originário era um empregado de uma empresa de engenharia e havia trabalhado como

¹⁰⁸ A notícia não tem cunho oficial, mas apenas informativo, tendo sido divulgada pelo jornalista Alexandre Caxito, membro da Assessoria de Comunicação do TST, disponível em <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=11385&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em 24 outubro 2010.

servente de obras em rodovias estaduais mineiras. Defendeu não haver previsão legal para a aplicação da responsabilidade pela quitação das parcelas deferidas, requerendo, então, a observação da OJ 191 da SDI-1.

Segundo o acórdão, ao isentar a Administração Pública do pagamento dos encargos trabalhistas, a quem lhe presta serviços por meio da empresa terceirizada, o art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93 subverte a teoria da responsabilidade civil e atenta contra a Constituição vigente. Deve o intérprete ponderar o grau de importância das normas contraditórias no caso concreto. Leia-se a redação da ementa do acórdão:

“ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. O art. 71 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9032/95, ao resguardar os interesses do poder público, excluindo a responsabilidade da Administração pelos encargos trabalhistas na hipótese de inadimplência da empresa fornecedora, subverte a teoria da responsabilidade civil e atenta contra a Constituição vigente. Admitir a isenção contida nessa norma implica conceder à Administração Pública, que se beneficiou da atividade dos empregados, um privilégio injustificável em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados pela própria Constituição, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art.1º, III e IV). As antinomias, também nos sistemas legislativos, não são raras e, para solucionar o conflito, deve-se considerar o grau de importância das normas contraditórias, orientando-se o intérprete pela disposição principal contida na norma supra ordenada, no caso, a Constituição da República, adotando-se a interpretação ab-rogante. Restando demonstrado, portanto, que o ente a Administração Pública beneficiou-se do trabalho da reclamante, deve ele responder subsidiariamente pelo pagamento dos créditos trabalhistas”¹⁰⁹.

4.6 Da Ação Declaratória de Constitucionalidade do Art. 71. §1º da Lei n. 8.666/93

Está sendo julgada a ADC n. 16-9, ajuizada pelo Distrito Federal, a fim de se confirmar a validade do Art. 71. §1º da Lei n. 8.666/93, diante da inaplicabilidade da mesma pelo TST. Foi pedida, na inicial, a concessão de liminar, para:

“determinar que os juízes e Tribunais suspendam imediatamente todos os processos que envolvam a aplicação do inciso IV, do Enunciado nº 331, do TST, até o julgamento definitivo da presente ação, ficando impedidos de proferir

¹⁰⁹ TST, 7ªT., RO 0161900-53.2009.5.03.0103, Rel. Min. Alice Monteiro de Barros, Brasília, 1º jul. 2010.

qualquer nova decisão, a qualquer título, que impeça ou afaste a eficácia do artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93; e suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93 ou que tenham aplicado o inciso IV, do Enunciado nº 331, da Súmula de jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho” (fls. 22-23).

Entretanto, a mesma fora indeferida, diante da seguinte redação do Relator Ministro Cezar Peluso, em maio de 2007:

“Inviável a liminar. A complexidade da causa de pedir em que se lastreia a pretensão impede, nesse juízo prévio e sumário, que se configure a verossimilhança necessária à concessão da medida urgente. Com efeito, seria por demais precipitado deferir, nesse momento, liminar destinada a suspender o julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, antes que se dote o processo de outros elementos instrutórios aptos a melhor moldar o convencimento judicial. A gravidade de tal medida, obstrutora do andamento de grande massa de processos pendentes nos vários órgãos judiciais, desaconselha seu deferimento, mormente em face de seu caráter precário”.

Em 24 de novembro de 2010, a matéria foi objeto de julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, por votação majoritária, declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, expondo que o TST não será impedido de reconhecer a responsabilidade subsidiária do ente público, com base nos fatos de cada causa em específico.

Entretanto, frise-se, não será mais permitido generalizar as hipóteses de incidência da Súmula n. 331 do TST, mas deve haver a análise rigorosa de cada caso concreto, a fim de se aferir se a inadimplência decorreu principalmente da culpa *in vigilando* do ente público contratante.

Ou seja, uma vez detectada falha ou falta de fiscalização sobre a empresa contratada por parte da Administração Pública, estará autorizada a imposição de sua responsabilidade subsidiária.

O Relator Ministro Cezar Peluso, presidente do STF, justificou seu voto pelo arquivamento do assunto, visto que, segundo ele, não haveria, em verdade, uma controvérsia, pois a edição da Súmula n. 331 do TST não declarou inconstitucional o art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93.

No entendimento da Ministra Cármen Lúcia (que trouxe novamente a matéria a Plenário, haja vista ser sucessora do falecido Ministro Menezes Direito, que, em setembro de 2008, pediu vista dos autos), a divergência entre os dois dispositivos existiria sim, vez que o referido enunciado deu ensejo a diversas decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho e do próprio TST e, por conseguinte, acabou por incentivar uma série de ações e reclamações junto ao STF. Desta forma, a Ministra se pronunciou pelo conhecimento e pelo pronunciamento da Suprema Corte no mérito.

O Ministro Marco Aurélio ressaltou que o entendimento do TST tem fulcro art. 2º da CLT, que apresenta o conceito de empregador, bem como no art. 37, §6º da Carta Magna, que determina a responsabilização das pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

O Ministro Ayres Britto salientou que só haveria três formas constitucionais de contratação de pessoal no setor público, quais sejam, por concurso, por nomeação para cargo em comissão e, por fim, por contratação por tempo determinado, quando esta tiver por finalidade suprir necessidade temporária.

Desta forma, no juízo do aludido Ministro, a terceirização não tem previsão pela Constituição Federal, ainda que vastamente praticada, e que, por isso mesmo, a Administração Pública tem o dever da responsabilidade pela inadimplência das obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

O julgamento da matéria pelo STF não encerrou as discussões sobre a questão, mas, de fato, facilitou a solução de inúmeros casos pertinentes à responsabilização da Administração Pública na terceirização trabalhista.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o que fora exposto, cabe pontuar algumas considerações finais acerca do assunto.

Preliminarmente, é necessário que se aceite a presença firme e frequente do fenômeno da terceirização na atualidade. Rejeitá-la representaria a involução no desenvolvimento econômico, social e jurídico nacional. Trata-se de um fato importante para todo o aparato privado e estatal, por descentralizar as atividades-meio, permitindo uma maior especialização destas, melhorando os serviços do empreendimento.

Entretanto, não se pode admitir a presença de fraudes e formas de se burlar a lei e a obrigatoriedade da aprovação em concurso público, terceirizando-se, por exemplo, atividades essenciais à função do ente público. Não se pode permitir também a terceirização apenas com o fim de conferir ao empregado pagamento inferior ao devido ou desincumbir-se dos encargos trabalhistas.

Observa-se que a regra do concurso público obrigatório não pode ser afastada, sob pena de violação à Lei Maior. Todavia, há o direito adquirido dos diversos empregados que trabalhavam na esfera do Poder Público, desde que anteriores à Constituição de 1988, situação que permitiu o liame empregatício entre ambos. A partir da nova Carta, entretanto, o fato não é mais permitido, em especial quando da edição da Súmula n. 331, inciso II, do TST.

A terceirização na Administração Pública, como se viu, não é tema pacífico. Há controvérsias, por exemplo, sobre o conceito teórico de atividades-meio e atividades-fim, inclusive no que concerne à sua forma de aplicação no caso concreto. Na esfera pública, é admitida a contratação de terceiros quanto às atividades-meio do Poder Público, porém, restaram

dúvidas sobre quais funções estariam abrangidas nesse tipo de atividade. Quanto à atuação dos trabalhadores temporários no mesmo setor, é aceito que os mesmos operem nas atividades-fim do tomador de serviços, mesmo porque com este não há a formação de vínculo direto.

É certo que a divergência em torno das atividades-meio e atividades-fim deve encontrar, em cada caso, a resposta do problema, levando em conta os princípios administrativos da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se, igualmente, a tutela aos direitos do trabalhador, parte vulnerável da relação trabalhista. O interesse público e o interesse do empregado devem ser ponderados em iguais condições, segundo o caso concreto.

A importância da cognição da natureza de uma atividade, se acessória ou principal, importa para fins de caracterização da terceirização como lícita ou ilícita, variando a consequência das hipóteses.

A doutrina diverge também no tocante à responsabilidade do Estado quanto às obrigações trabalhistas, frente ao inadimplemento da empresa terceirizada. A Lei n. 8.666/93 afasta a sua responsabilidade, ao passo que a Súmula n. 331 determina a responsabilidade subsidiária do Poder Público.

Travado o embate, alguns doutrinadores, geralmente os administrativistas, entendem que deve ser aplicada a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei n. 8.666/93, fundamentando que o verbete não tem força de lei, também que a Administração Pública não tem culpa *in eligendo*, pois não escolhe quem contrata, dada a necessidade de licitação para tal.

Outra parte da doutrina defende a aplicação do inciso IV da Súmula n. 331, do TST, que determina a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos casos em questão, diante da culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Ademais, afirma-se a natureza alimentar do salário trabalhista e que o tomador se beneficiou dos serviços do empregado. Trata-se da

posição mais coerente, pois, na prática, há pouca fiscalização e poucos instrumentos sancionatórios, na hipótese de descumprimento das obrigações; daí a configuração da culpa *in vigilando*.

A percepção do entendimento jurisprudencial é fundamental à compreensão do tema, visto que, diante da ausência de regulamentação legal da matéria, cabe aos magistrados a adaptação desta à realidade, bem como a aplicação correta de eventuais analogias, o que ajuda na resolução de determinado problema de ordem jurídica.

Ideal seria, contudo, que se editasse, o quanto antes, legislação específica sobre a terceirização, tanto regida no campo privado, quanto no âmbito público, de forma a aniquilar de vez as diversas discrepâncias no ordenamento jurídico.

Mesmo diante da muito recente decisão proferida pelo STF, no sentido de declarar constitucional o art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, ainda é possível a aplicação da Súmula n. 331, IV, do TST, mas desde que presente a culpa *in vigilando* por parte do ente público, que, independentemente da corrente que se adote, é o destinatário final dos serviços prestados pelos empregados terceirizados.

O julgamento da matéria pelo STF demonstra que, embora se tenha defendido o bem público, é necessário, concomitantemente, zelar pela proteção ao trabalhador.

Deve-se, sempre que possível, buscar a solução que menos ofenda o interesse público, mas, ao mesmo tempo, que respeite os direitos do trabalhador, ou seja, a tentativa incessante pela obtenção da justiça na esfera individual e coletiva.

BIBLIOGRAFIA

AGU, Nota Técnica nº 229/AACF/PGF/AGU/2009, Memorando-circular n. 01/2009/CONSU/PGF/AGU – Processo 00424.005891/2009-56.

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos Jurídicos Materiais e Processuais da Terceirização Trabalhista. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 73, nº 10, out/2009.

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach Bittencourt. *A Responsabilidade Subsidiária dos Entes Públicos nas Terceirizações de Serviços Fundada no Enunciado 331, IV do TST*. Disponível em <http://www.contratosonline.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2147&catid=1&Itemid=141>. Acesso em 20 out. 2010.

CAMPOS, José Ribeiro de. A Regulamentação da Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Contratante pelos Créditos Trabalhistas Inadimplidos pela Empresa Contratada. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 73, nº 6, jun. 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e Intermediação de Mão-de-obra na Administração Pública. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 67, nº 6, jun. 2003.

CARVALHO, José Luciano Leonel de. Terceirização e a Fiscalização do Trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 73, nº 5, mai. 2009.

CARLOS, Vera Lúcia. *Direito do Trabalho: aplicado na Administração Pública*. São Paulo: FMB, 2010. 294 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1476 p.

CASAGRANDE, Cássio. A Terceirização Bancária e a Inconstitucionalidade da Resolução n. 2.707 do Banco Central. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 67, nº 4, abr. 2003.

CASSAR, Volia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2009. 1.112 p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 577 p.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª. ed. São Paulo: LTR, 2009. 1344 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. 449 p.

_____. *Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1996. 597 p.

FARJALLA, Victor. O Direito do Trabalho na Administração Pública Brasileira. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 3, 1999.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A Terceirização no Serviço Público. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 60, nº 4, abr. 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 418 p.

HINZ, Henrique Macedo. A Terceirização Trabalhista e as Responsabilidades do Fornecedor e do Tomador dos Serviços: um enfoque multidisciplinar. *Revista TST*, vol. 71, n.º 2, mai./ago. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 783 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A terceirização e o Papel do Ministério Público. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano 27, vol. 103, jul/set. 2001.

MARQUES, Luiz César Vianna. Responsabilidade do Ente Público Pelas Obrigações Trabalhistas e Previdências Inadimplidas Pelo Empregador – Impossibilidade. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 3, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. 334 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo. Melhoramentos, 2003. 792 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 1057 p.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: Ltr, 2003. 819 p.

MORGADO, Almir. *Manual de Direito Administrativo: Doutrina e jurisprudência*. Niterói: Impetus, 2008. 303 p.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2008. 784 p.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Terceirização e Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano 27, vol. 101, jan/mar. 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. 2. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 472 p.

_____. *Instituições de Direito Civil*. vol. 3. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 604 p.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001. 157 p.

_____. *Responsabilidade Civil do Estado Por Dano Moral*. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/6856/6423>>. Acesso em 12 out. 2010.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1994. 338 p.

SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho: versão universitária*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2010. 590 p.

SEGAL, Marcelo. *CLT Anotada*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2008. 676 p.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 1501 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 928 p.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 1024 p.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. *Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Mão-de-Obra e Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 232 p.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 557 p.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 532 p.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e Sindicato: um enfoque para além do jurídico. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 67, nº 7, jul. 2003.

VILLELA, Fábio Goulart. *Manual de Direito do Trabalho: teoria e questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 470 p.

WOLKOFF, Alexander Porto Marinho. A Teoria do Risco e a Responsabilidade Civil Objetiva do Empreendedor. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, nº 81, out./dez. 2009.

Jurisprudência:

TRT, 1ª Região, 1ª T., RO 0000169-36.2010.5.01.0049, Rel. José Nascimento Araújo Netto, Rio de Janeiro, 7 out. 2010.

TRT, 1ª Região, 6ª T., RO 709-2005-511-01-00-7, Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte, Rio de Janeiro, 17 mai 2007.

TST, 1ªT., RR-492000-44.2006.5.12.0014, Rel. Min Walmir Oliveira da Costa, Brasília, 22 set. 2010.

TST, 2ªT., RR - 523.658/98.0, Rel. Ministro Vantuil Abdala, Brasília, 6 dez. 2000.

TST, 5ªT., RR-1488/2007-105-03-00.0, Rel. Min. Emmanoel Pereira, Brasília, 04 nov. 2009.

TST, 6ªT., AIRR - 134140-18.2000.5.02.0445, Rel Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, Brasília, 11 jun 2008.

TST, 7ªT., RO 0161900-53.2009.5.03.0103, Rel. Min. Alice Monteiro de Barros, Brasília, 1º jul. 2010.

TST, OJ n. 272, SDI-1

TST, OJ n. 321, SDI-1

TST, OJ n. 382, SDI-1

TST, OJ n. 383, SDI-1

TST, Súmula 205 (cancelada)

TST, Súmula 256 (cancelada)

TST, Súmula 257

TST, Súmula 331

TST, Súmula 363

TST, Súmula 390

STF, TP, MS 21.332/DF, Rel. Min. Paulo Bossard, Brasília, 3.12.92.

STF, TP, RE 591874 / MS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 26 de agosto de 2009.

STF, Súmula 346

STF, Súmula 473

STF, Súmula 685

STF, Súmula Vinculante 21