

tudo nos termos do artigo 194, *capite* parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TRABALHO TERCEIRIZADO

Eduardo Teixeira do Amaral¹

Maria Inês de Assis Romanholo²

SUMÁRIO: Introdução. 1- Terceirização: 1.1 Conceitos. 1.2. Origem 1.2.1 Terceirização no Brasil. 2. Terceirização no direito do trabalho; Lei 6.019/1974: dispõe sobre o contrato de trabalho temporário. 2.1- Princípios: da proteção e da valorização do trabalho humano. 2.2 Direitos do trabalhador temporário. 3- Terceirização na Administração Pública. 3.1 Hipóteses previstas em lei. 3.2 Responsabilidade da administração pública na condição de tomadora de serviços; Súmula 331, IV e V do TST. 3.3 Privilégios estabelecidos para a Administração Pública na Lei de Licitações (Lei 8.666/93): Ofensa à Constituição. 4- Doutrina, Jurisprudência e a Aparente derrota da Súmula 331/TST. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo fazer uma breve abordagem sobre a aplicação do instituto da terceirização no setor público, suas hipóteses previstas em lei, bem como a definição da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, no que tange aos contratos de

¹ Advogado, graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) Campus-Ubá; Servidor público do município de Ubá- MG; E-mail: eduardo.teixeiraamaral@hotmail.com

² Professora graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa e pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes, que atualmente leciona no curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) as disciplinas Metodologia Científica, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

trabalho temporário, em que esta figura como tomadora de serviços. O tema é de suma importância, pois abrange não só direitos trabalhistas, como também princípios que regem a Administração Pública, demonstrando a necessidade de se adequar as normas jurídicas dessas duas searas do Direito (trabalhista e administrativo) de forma que a Administração evite prejuízos aos cofres públicos, sem que para isso, venha a ferir direitos do trabalhador. Foram explanados ainda tópicos relacionados ao tema, como conceitos de terceirização, suas origens, sua aplicação no Brasil, no mercado de trabalho tanto pela iniciativa privada, quanto pelo poder público. Alguns exemplos de decisões judiciais também foram destacados, com o fito de demonstrar qual ou quais as tendências do Judiciário pátrio em relação ao tema. Ao término do trabalho, ficou demonstrado que, em observância a preceitos jurídicos dos mais variados ramos do Direito, de fato a Administração Pública responde subsidiariamente no que tange as obrigações trabalhistas, desde que preenchidos os requisitos da Súmula 331, IV e V do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Trabalhador temporário. Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, primeira a consagrar o Estado Democrático de Direito na história do ordenamento jurídico nacional, dispõe em seu Título II dos DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, e inserido neste, mais precisamente no Capítulo II, encontram-se os DIREITOS SOCIAIS, dentre os quais o direito ao trabalho. Com as mudanças ocorridas, principalmente nas décadas de 80 e 90 no que diz respeito a economia mundial, o fenômeno da globalização insere-se nas relações trabalhistas, manifestando-se sobretudo através da terceirização, instituto pelo qual busca-se descentralizar as atividades econômicas.

Diante da ausência de normas que regulem os efeitos deste tipo de contratação por parte do setor público; visando uniformizar a jurisprudência e garantir um mínimo de proteção aos direitos desses trabalhadores, o TST editou a Súmula 331 (cuja a redação fora alterada, conforme Resolução 174/2011 do Egrégio Tribunal), que dispõe sobre os contratos de prestações de serviços; elucida o inciso IV da citada súmula, sobre “a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, quando

do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora; desde que aquela tenha participado da relação processual e conste no título executivo judicial,” ainda sobre essa questão, o inciso V da mesma súmula explana que “caso fique evidenciada a conduta culposa dos entes da Administração Pública no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93, especialmente na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, estes responderão de forma subsidiária”¹.

Ocorre que o artigo 71, §1º da Lei 8666 de 21 de junho de 1993² exclui qualquer responsabilidade da administração pública, no que cerne as obrigações trabalhistas junto aos trabalhadores terceirizados. Não se questiona acerca da inexistência de vínculo de emprego, quando não satisfeito o requisito da prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (inciso II do art. 37 da Constituição da República). Entretanto, muito se discute acerca da possibilidade de responsabilização subsidiária da entidade da administração pública, na hipótese de inadimplemento, pelo empregador (empresa prestadora de serviços) dos direitos oriundos do contrato de trabalho.

O assunto não é pacífico, os entes públicos, com já dito, são proibidos de contratar trabalhadores sem a prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CRFB/88). Contudo, em face da expressa autorização legal (Decreto 2271/97 e Lei 8.666/93), celebram contratos de prestação de serviços com empresas particulares. Estes contratos são bilaterais, onerosos, comutativos e intuitu personae. Quando a administração pública realiza um contrato de prestação de serviços, fica investida no poder de fiscalizar o serviço. É dever do tomador exigir uma prestação em caráter geral, permanente, regular, eficiente. E, para garantir a qualidade deste serviço, concede-se à administração o “direito-dever de fiscalizar as empresas”³. Quando a administração não cumpre este direito-dever ou, cumprindo-o, constata irregularidade sem tomar as devidas providências (v.g., retenção de pagamento ou mesmo a iniciativa de terminação do contrato), incorre em culpa in vigilando. Do mesmo modo, quando o poder público contrata empresa prestadora de serviços, sem idoneidade econômico-financeira que garanta a satisfação dos créditos dos empregados contratados, age com culpa in

¹ Súmula 331, IV e V Tribunal Superior do Trabalho: Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

² Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

³ MEIRELLES, 2000, p.453/455.

eligendo, em decorrência de sua conduta ilícita. Se o particular responde pelos danos causados por culpa "in eligendo" e "in vigilando", o Estado, cuja finalidade precípua é a realização do bem comum, também deve responder, porquanto não se pode alcançar o bem da coletividade à custa do sacrifício de alguns, ou seja, os laboristas que não percebem seus direitos oriundos do serviço prestado.

Partindo desta premissa, e embasado em princípios do Direito, sobretudo constitucionais, o presente trabalho teve como objetivo discutir se a administração pública, mesmo com todas as suas peculiaridades, responde subsidiariamente nos contratos de trabalho temporários, quando na posição de tomadora de serviços, isso em conformidade com os requisitos previstos na Súmula 331, IV e V do TST.

1. TERCEIRIZAÇÃO

Antes de abordar o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública frente aos direitos dos trabalhadores que lhe prestam serviços, é de suma importância conhecer o significado do termo terceirização, bem como suas origens e aplicação no cenário nacional tanto pela iniciativa privada, mas principalmente pelo poder público.

1.1 Conceitos

Por se tratar de um tema relacionado a vários ramos profissionais, como Economia, Administração, Direito, entre outros, é uma tarefa um tanto quanto complexa encontrarmos uma definição homogênea para o instituto da terceirização. Como o presente trabalho teve o fito de explanar este tema, correlacionando-o com a questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública (estando esta na condição de tomadora de serviços) nas relações trabalhistas, foram utilizados alguns conceitos de natureza administrativa e principalmente jurídica.

Terceirizar, nas palavras do professor Luis César G. de Araújo (mestre em Administração Pública pela University of Califórnia, Los Angeles (UCLA)), significa "Passar adiante (para terceiros e pagando) a responsabilidade pela execução de determinada atividade ou de conjunto de atividades"⁴.

Sob a ótica do direito do trabalho, Mauricio Godinho Delgado define a terceirização como "fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria

⁴ ARAÚJO, 2007, p. 138.

correspondente"⁵.

Independente da disciplina torna-se claro que a terceirização é uma forma de reorganização administrativa em que determinadas atividades de uma pessoa jurídica são transferidas para empresa contratada para essa finalidade. O resultado dessa reorganização expõe duas faces distintas da consolidação deste instituto, de um lado temos a redução de custos para as empresas, que ao transferir a responsabilidade de determinada tarefa para um terceiro, deixa de arcar com uma série de encargos, tais como despesa com pessoal; em contrapartida ficamos diante de uma frágil flexibilização de direitos trabalhistas, pois via de regra os trabalhadores terceirizados efetuam as mesmas atividades por um custo muito menor, comprometendo uma série de conquistas dos trabalhadores, como por exemplo, os pisos salariais de determinadas categorias profissionais.

1.2 Origens

O fenômeno da terceirização teve seu auge no final da década de 80 e início da década de 90, impulsionada principalmente pela integração dos mercados internacionais, fato que é conhecido até hoje como globalização. Na visão dos grandes empresários, a terceirização, quando bem empregada, garante às organizações bons frutos, pois promove o enxugamento da estrutura da empresa, além de uma série de benefícios, como por exemplo, a economia de recursos humanos, entre outros⁶.

Mas engana-se quem pensa ser este um instituto recente, fruto da globalização, há quem afirma ser esta uma prática conhecida, embora com outros rótulos ou sem rótulo algum, e empregada desde a Revolução Industrial, isto ainda no século XVIII. De qualquer forma, a terceirização começa a ter destaque a partir da 2ª Grande Guerra Mundial, quando as indústrias de armamentos dos Estados Unidos não conseguiam abastecer o mercado, necessitando suprir o aumento da demanda e aprimorar a produção. Essa necessidade, dentro daquele contexto histórico, demonstrou que a concentração industrial deveria voltar-se para a produção, deixando as atividades de suporte com terceiros.

1.2.1 Terceirização no Brasil

No Brasil, a noção de terceirização foi trazida pelas multinacio-

⁵ DELGADO, 2006, p. 458/460.

⁶ ARAÚJO, 2007.

nais, principalmente da indústria automobilística, durante a década de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência de seus negócios, surgindo à procura por empresas responsáveis por serviços como limpeza e conservação, consideradas como pioneiras deste tipo de prestação de serviços. Igualmente, não podemos esquecer que o objetivo principal das multinacionais era conseguir mão-de-obra com menores custos, sem se furtar às disposições tutelares da legislação trabalhista, a qual visa a proteger o hipossuficiente da relação de trabalho.

2. TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

O avanço tecnológico, aliado à globalização no mundo contemporâneo, fez com que o setor produtivo buscasse alternativas para o aperfeiçoamento dos bens e serviços produzidos, com redução de custos.

Essa busca culminou em um processo de especialização cada vez maior, com a contratação de terceiros para as atividades que não constituíssem atividade principal. Essa especialização passa a existir a partir do momento em que a empresa se focaliza para sua atividade principal, promovendo o aumento da produtividade, aperfeiçoamento do produto, bem como a já citada redução de custos, que pode se dar pela diminuição dos encargos e do espaço físico, por exemplo. O empresário reduz sua estrutura organizacional, sem restringir o âmbito de sua atuação.

A terceirização, assim, assume diversas formas, como a empreitada de obra e serviço, a locação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra. Com efeito, na empreitada o objeto contratual é a realização de determinada atividade pela empreiteira, visando ao fornecimento do objeto, que pode ser obra, serviço ou fornecimento de bens. Esta espécie de contrato, no entanto, apenas possui validade se ajustado nos moldes da Lei nº 6.019/74⁷, que trata do trabalho temporário.

Considera-se trabalho temporário aquele que é prestado por pessoa física a uma pessoa jurídica para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal ou devido ao acréscimo de serviços, visando a atender um aumento de produção. Nota-se que existem duas hipóteses que autorizam o trabalho temporário. A primeira se refere ao atendimento de necessidade transitória de substituição do quadro

de pessoal, como por exemplo, a cobertura da licença de determinado empregado. A segunda diz respeito ao acréscimo de serviço na empresa visando, via de regra, atender uma necessidade de maior produção, frente a uma maior demanda no mercado, como na Páscoa, se visualizarmos em nosso exemplo uma fábrica de chocolates. Como se pode perceber, uma empresa de trabalho temporário tem por finalidade colocar pessoal especializado, por tempo determinado, à disposição de outras que dele necessitem, observando as duas hipóteses que permitem tal modalidade.

Dois pontos devem ser observados em relação a tal modalidade, o primeiro versa sobre a obrigatoriedade do contrato celebrado entre empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços ser por escrito e neste devendo constar o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, bem como as modalidades de remuneração e da prestação de serviços. O segundo dispõe sobre o prazo do contrato, este segundo a lei, salvo autorização do órgão local do Ministério do Trabalho e Emprego, não poderá exceder a três meses, sob pena de reconhecimento do vínculo empregatício com a tomadora de serviços.

2.1 Princípios: da proteção e da valorização do trabalho humano

O direito do trabalho sempre esteve ligado às questões de ordem socioeconômica, fato observado desde a Revolução Industrial. As leis trabalhistas resultaram de conquistas históricas dos trabalhadores, em busca de melhores condições de trabalho, frente à exploração desenfreada promovida pela classe econômica mais abastada. Dos conflitos gerados nesta época, surgiu a certeza de que, dentro da relação de trabalho subordinado, a igualdade jurídica, tão preconizada e corretamente defendida pelo Direito Comum, se tornaria mera utopia diante da discrepância de condições econômicas entre os sujeitos que compõem a relação trabalhista, fazendo com que o poder econômico de um, influenciasse a manifestação de vontade do outro. Diante desta hipossuficiência por parte do empregado, e como consequência a necessidade de equilibrar a relação jurídica entre os dois pólos da relação laboral, desenvolveu-se o princípio da proteção, configurando-se como o mais importante deste ramo do Direito, e do qual surgiram outros, como por exemplo, o princípio in dubio pro operário. O princípio da proteção tem como grande objetivo impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, garantindo a isonomia entre as partes, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Como todos os ramos do direito, as normas do Direito do Trabalho devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição

⁷ Lei 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências.

da República, e nossa Carta Magna, consagrada como a primeira constituição no Brasil de cunho democrático de direito, reservou lugar de destaque para o trabalho, consagrando-o não só como um direito social, mas também dando-lhe status de elemento fundamental, relacionando-o com as ordens econômica e social. O princípio da valorização do trabalho humano, expresso no art.170, caput, da Constituição da República, nada mais é do que um desdobramento de outro princípio, o da dignidade da pessoa humana, previsto no art.1º, III de nossa Lei Maior, ao dispor que “a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano”, o legislador constituinte demonstra uma clara preocupação em equilibrar desenvolvimento com justiça social. Assim, vemos que a valorização do trabalho humano está ligada à noção de condições materiais para a dignidade do trabalhador e sua família. Normas referentes ao piso salarial, férias, gratificação natalina, etc., são exemplos de proteção a tal princípio constitucional.

2.2 Direitos dos trabalhadores temporários

Conforme citado anteriormente, a terceirização de serviços no Brasil é uma realidade que vem de longa data, desde o início da implantação da atividade industrial no país, até então com uma economia de mercado totalmente dependente da cultura cafeeira, até os dias atuais. Na época de implementação da Consolidação das Leis Trabalhistas, o tema ainda não havia ganhado força, apenas décadas mais tarde é que tal fenômeno passou a ser observado com mais ênfase no país, sendo regulado a partir da Lei 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário nas indústrias urbanas.

O artigo 12 da supracitada norma infraconstitucional elenca os direitos garantidos aos trabalhadores, dentre os quais: remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora de serviços, jornada de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, remuneração das horas suplementares com adicional de no mínimo 50%, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, repouso semanal remunerado, adicional de trabalho noturno de 20%, seguro contra acidente de trabalho, proteção previdenciária, gratificação natalina, FGTS, sendo que neste último, ressalta-se que o trabalhador temporário não faz jus a multa de 40% sobre o montante do FGTS, uma vez que não se aplica a esta modalidade de contrato de trabalho o princípio da continuidade da relação de emprego.

A conclusão, por mais óbvia que possa parecer, é que o trabalhador temporário possui quase todos os direitos do trabalhador com vínculo empregatício, principalmente após a CRFB/88, que assegura

uma série de direitos a trabalhadores urbanos e rurais, o que não poderia deixar de ocorrer dentro de um Estado Democrático de Direito.

3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Se consultarmos os dicionários de língua portuguesa, veremos que a palavra administrar, significa: gerir, zelar; trata-se, portanto de uma ação. Quando aplicamos tal conceito em relação ao Estado, devemos observar os dois sentidos que o termo representa: o sentido objetivo e o sentido subjetivo.

No primeiro, temos a própria gestão dos interesses públicos executados pelo Estado tanto na sua organização interna, como também na prestação de serviços públicos⁸. Por sua vez, o sentido subjetivo abrange o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que estão incumbidas de executar as atividades administrativas, não se limitando tal definição apenas ao Poder Executivo, que por uma questão organizacional, é aquele que exerce a função típica de administrar, mas estendendo-a aos Poderes Legislativo e Judiciário, que também executam tal tarefa, principalmente no que tange a sua organização interna. Conforme já disposto em tópicos anteriores, a terceirização, para aqueles que a defendem, visa uma reestruturação na forma de produção, primando principalmente pela economia de recursos humanos.

A terceirização é uma das formas de inserção do particular na prestação do serviço público, que se faz por meio de contrato administrativo. O terceiro é um mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa com o Poder Público. Portanto, é importante frisar que não se trata de gestão do serviço público, mas sim de uma mera prestação de serviços. Assim como no setor privado, a atribuição de atividades para terceiros na esfera pública deve obedecer ao critério da atividade-meio, pois conforme regula a Lei 6019/74, são essas as atividades que admitem o trabalho temporário.

3.1 Hipóteses previstas em lei

O Decreto nº 2.271/97⁹, que regulamenta a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabelece, em seu artigo 1º, que podem ser executadas indiretamente as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares

⁸ CARVALHO, 2008.

⁹ Decreto nº 2.271 de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. Em seu parágrafo 1º, traz o rol das atividades que poderão ser transferidas, quais sejam: os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Assim como na iniciativa privada, a prática da contratação de serviços terceirizados pelos entes públicos não é exatamente nova e, de igual modo, ao longo do tempo se pôde verificar procedimentos perfilados com a ordem jurídica e os princípios constitucionais, ao lado de práticas absolutamente desvirtuadas e colidentes com nosso ordenamento jurídico.

De fato as previsões legais para tal prática por parte do setor público não se limitam ao citado Decreto, a própria Constituição da República em seu art.37, XXI¹⁰, estabelece que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública, processo este regulado pela Lei 8666, de 21 de junho de 1993 que estabelece em seu art.3º, *caput*, que a licitação sempre irá observar o princípio constitucional da isonomia entre os concorrentes e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Ocorre que a mesma lei em seu art.71,§ 1º isenta o poder público de qualquer responsabilidade trabalhista, quando da inadimplência do contratado, ou seja, da empresa prestadora da mão de obra.

3.2. Responsabilidade da Administração Pública na condição de tomadora de serviços e a Súmula 331, IV e V do TST

Como já disposto anteriormente, os defensores da terceirização afirmam que o modelo é um dos caminhos para a implementação do chamado Estado mínimo, onde o que importa é a chamada redução de custos, "enxugar" a máquina estatal, algo perfeitamente aceitável quando observados os preceitos legais que regem o trabalho temporário. O caso é que a Lei 6019/74 não especificou o tema para as particularidades da administração pública, e tampouco a isentou das responsabilidades que esta possui quando tomadora de serviços. Diante da insegurança jurídica que esses trabalhadores estavam expostos, no que cerne a responsabilidade do tomador de serviços nesta relação onde figuram como sujeitos empresa prestadora da mão de obra, trabalhadores e empresa tomadora de serviços, o Tribunal Superior do Trabalho, TST, editou (e recentemente atualizou) a Súmula 331, que em seus incisos IV e V

¹⁰ Art.37, XXI, Constituição da República Federativa do Brasil.

estabelece as conseqüências quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, conforme transcritos a seguir:

Súmula 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

(...)

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

V. Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.¹¹

Desde sua edição, a Súmula 331 vêm sofrendo inúmeros ataques pelas procuradorias públicas em todo país, sob a alegação de que esta viola frontalmente a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8666/93), principalmente no que cerne seu artigo 71, § 1º, que prescreve ser o contratado o responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais da execução do contrato. De tal forma, uma vez inadimplidos os encargos trabalhistas por parte da empresa contratada pela administração pública, tais débitos não poderão ser imputados a esta, mas sim ao próprio prestador de serviços, que, na visão desta corrente, é o único responsável.

Alegam ainda que tal posicionamento baseia-se no fato da Administração Pública não possuir vínculo algum com os trabalhadores terceirizados. O Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios Leonardo Jubé de Moura preleciona que a administração pública não responde pelos encargos trabalhistas devidos pela empresa contratada, tendo em vista não existir qualquer relação jurídica estabelecida entre o Estado e o empregado daquela,

¹¹ Súmula 331, IV e V do TST, redação alterada pela Resolução nº174, de 24 de maio de 2011.

senão vejamos sua opinião:

Com efeito, o E. TST – reconhecendo a inexistência de vínculo empregatício – fixa a responsabilidade do ente público na órbita civil/administrativa, cogitando de responsabilidade objetiva do Estado e/ou de culpa in vigilando e in eligendo. Ora, não há, in casu, relação trabalhista entre a Administração e os empregados da empresa contratada. Há, isto sim, contrato de prestação de serviços, entre empresa e ente público, regido por normas de Direito Administrativo e de Direito Civil – nada que diga com Direito do Trabalho.¹²

De fato, não há de se falar em vínculo empregatício dos trabalhadores terceirizados com Administração Pública, uma vez que, tal ato fere a Constituição da República, que dispõe em seu artigo 37, II, sobre o ingresso em cargo público mediante concurso de provas ou de provas e títulos. Contudo, o TST, ao contrário do que afirmam os defensores do artigo 71 da Lei de licitações e contratos, não criou a súmula em questão para transgredir a Constituição, pelo contrário, o próprio inciso II dispõe que a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art.37, II da CRFB/88).¹³ Ademais, se existe ofensa a Constituição, essa ocorre na maioria das vezes por iniciativa do próprio poder público, que abusando da ressalva dos cargos de livre nomeação e exoneração, faz desta, que deveria ser exceção, a regra, criando inúmeros cargos comissionados, em sua maioria com vencimentos muito acima dos servidores efetivos, ou ainda contratando pessoal para exercer função típica de cargos que necessitam de concurso público, chegando ao ponto de exceder em mais de 50% (cinquenta por cento) o número do quadro de pessoal, com os chamados “apadrinhados”. É o que demonstra os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sobre o quadro da justiça estadual no Brasil; para se ter uma idéia, no Tribunal de Justiça de Alagoas, o número de apaniguados chegam a incríveis 92,3 % do total do quadro de pessoal¹⁴.

A Súmula 331, conforme já dito, não visa regulamentar o errado, e sim, proteger o trabalhador, parte mais fraca desta relação jurídica, de um eventual inadimplemento da empresa contratada, e por consequência da chamada culpa in eligendo e in vigilando da Administração

¹² Moura, 2002.

¹³ Súmula 331, II do TST, redação determinada pela Resolução nº 96, de 11 de setembro de 2000.

¹⁴ FABRINI; MALTCHIK, 2010.

que tem o dever de fiscalizar aqueles que são contratados mediante os processos licitatórios para a prestação de serviços, da mesma forma, não se imputa a administração uma responsabilidade solidária e sim subsidiária, atendo o disposto pelos incisos IV e V da súmula 331 do Colendo Tribunal.¹⁵

3.3. Privilégios estabelecidos para a Administração Pública na Lei de Licitações (Lei 8.666/93): Ofensa à Constituição

A lei 8666/93 veio regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, instituindo as normas para licitações e contratos da Administração Pública. Dentre seus princípios, destacamos o da proposta mais vantajosa, que deriva dos princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade, norteadores da administração. Seu objetivo consiste em selecionar a proposta que seja mais vantajosa para o poder público, o termo vantajosa, por sinal vai muito além do sentido econômico, abarca também a qualidade do que está sendo oferecido pelos concorrentes, o processo de escolha, aliás deve ser muito rigoroso, uma vez que serão os cofres públicos que irão arcar com os gastos do possível contrato.

Em observância a vários princípios, em especial o da supremacia do interesse público, a Administração possui diante do particular, quando com este contrata, uma posição preponderante, o que é inadmissível sob a ótica dos contratos privados, onde prevalece a livre manifestação da vontade das partes. Essa supremacia é consequência do regime jurídico público que regula os contratos administrativos.

O problema é quando a Administração utiliza-se desses preceitos para se esquivar de suas responsabilidades, é o que ocorre quando, sob alegação de ofender o princípio da legalidade, o poder público na condição de tomador de serviços, ignora a sua responsabilidade quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada fornecedora dos serviços, desrespeitando desta forma outros princípios como, por exemplo, o da moralidade e o da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, como em todo Estado Democrático de Direito, é pacífico o entendimento de que, ao contrário do conflito entre leis, onde utilizamos critérios como especialidade, posterioridade e hierarquia, quando ocorre um choque de princípios, especialmente os de ordem constitucional, deve se buscar a otimização entre os direitos e valores

¹⁵ Súmula 331, IV e V do TST, redação alterada pela Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011.

em discussão, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e ou valores fundamentais em colisão. Nesse sentido, busca-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes, é o que conhecemos como princípio da harmonização, é isto que preconiza intrinsecamente, a Súmula 331 do TST, mas, que não é reconhecido pelos gestores.

4. DOUTRINA, JURISPRUDÊNCIA E A APARENTE DERROTA DA SÚMULA 331 DO TST.

Conforme exposto anteriormente, segundo o Art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 dispõe que a inadimplência da prestadora de serviços com relação aos encargos trabalhistas não transfere à administração pública a responsabilidade por seu pagamento, de acordo com a referida norma a seguir transcrita:

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.

Contudo, tal dispositivo legal causa grande discussão na doutrina e jurisprudência, face ao que dispõe o § 6º do Art. 37 da CRFB/88, o qual determina que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Alguns doutrinadores defendem a inconstitucionalidade do Art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 face à referida disposição constitucional. É o caso do professor Sérgio Pinto Martins, que com grande sabedoria destaca o fato do art.37, § 6º não fazer distinção quanto ao tipo de responsabilidade que está sujeito o poder público, quando, de alguma forma causar danos a terceiros, sejam esses danos de ordem civil ou trabalhistas. Desta forma, o § 1º do art.71 da Lei de Licitação, jamais poderia fazer tal distinção, ocorrendo este em um ato de inconstitucionalidade. Por ser beneficiada pela prestação de serviços, a Administração deve responder pelo inadimplemento da empresa

prestadora, uma vez que ficar comprovada sua culpa in eligendo na escolha da prestadora, e também in vigilando, por não efetuar a fiscalização necessária aos procedimentos da mesma, de outra forma, ficaria explícito o locuplemento ilícito por parte do poder público, por sinal, esses são os principais fundamentos dos órgãos da Justiça do Trabalho para julgar a matéria¹⁶.

A corrente pró-Administração usa, entre outros o argumento da inexistência de vínculo do trabalhador terceirizado com o ente público, para justificar a isenção dada pelo § 1º do art.71 da Lei de licitações, quando do inadimplemento de verbas trabalhistas. Para doutrinadores como Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, a empresa prestadora de serviços, é a única responsável pelos encargos, não só trabalhistas, como também previdenciários, fiscais e comerciais. A inadimplência por parte do contratado, na opinião desta corrente, não pode ser repassada ao poder público, pois tal transferência acarreta uma ofensa à lei e ao bem comum.¹⁷

Como se pode observar a defesa da lei, bem como do princípio da supremacia do interesse público, são as principais bases de argumento para a corrente que defende a aplicação irrestrita do § 1º do art.71 da lei 8666/93, afirmam que o interesse particular do empregado não deve prevalecer em detrimento do Poder Público, pois do contrário, estaria a Justiça Trabalhista causando indevidos danos ao erário.

Inúmeras foram as decisões judiciais contrárias a este entendimento, e que declinaram a favor da legitimidade da Súmula 331, IV do TST, conforme o exemplo a seguir exposto:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CORREIOS. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte da empresa prestadora de serviços, implica na responsabilidade subsidiária dos entes públicos tomadores dos serviços, nos termos do inciso IV da Súmula 331 do TST, cuja nova redação é posterior à Lei 8.666/93. Levando-se em conta que a EBCT beneficiou-se dos serviços prestados pela Autora, correta a aplicação da referida Súmula, devendo permanecer incólume a r. sentença que imputou à Recorrente a condenação subsidiária pelo adimplemento dos créditos devidos à Reclamante. Dessa feita, dou parcial provimento ao

¹⁶ MARTINS, 2009.

¹⁷ ALEXANDRINO; PAULO, 2002.

Apelo Patronal tão-somente para extirpar, de ofício, a condenação pertinente à integração do aviso prévio indenizado e 1/12 do 13º salário proporcional, imposta pela r. sentença em julgamento ultra petita, bem como absolvê-la do pagamento da dobra das férias referentes a 2003/2004 e 2004/2005. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO ADVOGADO. PLEITO DE VERBAS SABIDAMENTE INDEVIDAS OU JÁ PAGAS. Em que pese a farta jurisprudência no sentido de que a má-fé do advogado deve ser apurada em autos próprios, tal providência torna-se desnecessária quando o Juiz verificar essa circunstância na própria Reclamação Trabalhista. Assim, constatado que a verdade dos fatos foi alterada com o fim de usar do processo para conseguir verbas indevidas, procedendo de forma temerária, aplico, de ofício, à Reclamante e, solidariamente, a seu advogado, a multa por litigância de má-fé no importe de 1% sobre o valor da causa, pois a litigância de má-fé é matéria de ordem pública, portanto, não pode ser aceita com normalidade ou complacência, devendo ser imputada inclusive ao causídico, de forma a desestimular a prática que ora se apresenta. (TRT23. RO - 00698.2007.071.23.00-0. Publicado em: 27/06/08. 2ª Turma. Relator: Desembargadora Leila Calvo)¹⁸.

Apesar do exemplo supra-citado, o entendimento da súmula do Egrégio Tribunal trabalhista não prevaleceu. Após inúmeros embates travados nos tribunais superiores, o Colendo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária ocorrida em 24 de novembro de 2010, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16-DF) ajuizada pelo governador do Distrito Federal, entendeu pela constitucionalidade do Art. 71, 1º, da Lei 8.666/93. Com tal decisão, nossa Suprema Corte afastou a aplicação da até então redação do inciso IV da Súmula do TST que aplicava aos integrantes da Administração Pública o mesmo tratamento dispensado aos particulares, quando da inadimplência das obrigações trabalhistas.

A decisão que num primeiro momento significou uma derrota do Direito do Trabalho e comemorada pela corrente pró-Administração,

¹⁸ MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Recurso Ordinário 00698.2007.071.23.00-0

deve ser analisada de forma cautelosa por ambas as partes. Destarte, não há razão para os juslaboristas acharem que o país regrediu juridicamente à época do Estado Autoritário e irresponsável, por seu turno, os militantes do Direito Administrativo que atacavam veementemente a Súmula 331 do TST, também não devem concluir que a decisão do STF, vem para isentar o Estado de suas responsabilidades.

O próprio Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluzo, afirmou que "tal decisão, não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade do poder público, com base nos fatos de cada causa"¹⁹. Não obstante, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em decorrência do Acórdão proferido na ADC16-DF, promoveu a adequação da Súmula 331 no dia 24 de maio de 2011, seguindo os preceitos do neoconstitucionalismo, que defende a importância da interpretação normativa quando constatado o conflito entre direitos constitucionais, o TST parte da premissa de que o que será levado em conta para dizer se o poder público tem ou não responsabilidade quando da inadimplência trabalhista não será a letra fria da lei, mas sim o valor probatório apresentado em cada caso concreto.

Mais do que uma adequação, a nova redação da Súmula 331 do TST, deixa claro que os casos que apresentem a Administração Pública supostamente responsável ou co-responsável em inadimplência de créditos trabalhistas, apresentados a Justiça Laboral devem ser analisados por esta com o máximo de cautela, o Judiciário Trabalhista deverá ponderar a regra geral (apresentada pelo artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93) com a exceção que cada causa apresentar, a própria Lei Geral de Licitações apresenta em seu texto, mas precisamente nos artigos 27, IV, 58 III, e 67 caput e § 1º, o dever de fiscalização por parte da Administração, quando da contratação e execução do serviço público, ação que não realizada, poderá certamente culminar em inadimplência por parte do particular contratado, configurando dessa forma a exceção a regra geral exposta pelo §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93.

Diante de tais constatações, chega-se a conclusão de que o entendimento proferido pelo STF quando da decisão da ADC 16-DF, bem como a nova redação da Súmula 331 do TST, demonstram ser perfeitamente possível coadunar a aplicação do § 1º do art.71 da Lei 8.666, com os direitos dos trabalhadores terceirizados, sem que para isso seja desrespeitado o ordenamento jurídico, visto que estes direitos também são de interesse público.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC-16 DF. Ação Declaratória de Constitucionalidade.

CONCLUSÃO

A terceirização, relação trilateral de trabalho havida entre empresa prestadora de mão de obra, empregado e tomadora de serviços, é um fenômeno social que não possui um marco histórico de surgimento bem definido, ao ponto que muitos afirmam que esta existe desde a Revolução Industrial, contudo passou a ter destaque no cenário econômico, a partir da segunda guerra mundial. No Brasil, a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio.

Tal modelo de fornecimento de mão de obra se dissocia do modelo bilateral clássico, uma vez que tem por objetivo fornecer mão de obra para desenvolver determinada atividade acessória da tomadora dos serviços, de modo a aperfeiçoar a produção e reduzir custos.

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho regula em seus incisos IV e V a questão da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando da inadimplência do empregador. Esse entendimento de responsabilidade subsidiária é pacífico quando figuram na relação jurídica apenas pessoas de direito privado. Todavia, o tema torna-se polêmico quando em um dos pólos, mais precisamente na condição de tomadora de serviços, encontra-se alguma pessoa jurídica de direito público, tanto da Administração direta, quanto da indireta. O inciso IV da supracitada súmula, dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, desde que este tenha participado da relação processual e conste no título executivo judicial, em complemento o inciso V da mesma súmula, expõe que os integrantes da Administração Pública respondem subsidiariamente nas mesmas condições do inciso IV, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais da prestadora de serviço.

A aplicação de tal Súmula, sempre foi alvo de ataques por parte das procuradorias públicas de todo país, no entendimento de maior parte da doutrina administrativista, trata-se de uma ofensa a preceitos legais, uma vez que o art.71, § 1º da Lei 8666/93, que dispõe sobre as licitações e contratos da Administração Pública, é claro ao afirmar que o contratado e somente o contratado, é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Por outro lado, os juslaboristas defendem a aplicação dos incisos IV e V da citada Súmula, também para os casos envolvendo a Administração, afirmam que este entendimento baseia-se em princípios, principalmente de ordem trabalhista, mas também de ordem constitucional.

Aos olhos do direito laboral, o texto do § 1º do art.71 da Lei 8666/93, ofende o princípio da proteção, que sem dúvida é o de maior amplitude e importância no Direito do Trabalho. Os defensores do art.71 da lei de licitações, alegam que tal princípio não se aplica nos casos de contratação pela Administração, uma vez que o contrato que rege essa relação não é de natureza trabalhista e sim administrativa. A questão nunca foi passiva no ordenamento jurídico pátrio e em 24 de novembro de 2010, após várias ações constitucionais envolvendo a citada súmula, o Supremo Tribunal Federal julgou em definitivo a Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC nº16-DF, declarando a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93.

Entretanto, como dito anteriormente, a responsabilidade da Administração Pública não deve se embasar na letra fria da Lei, e sim nas provas apresentadas no decurso da ação. O entendimento na decisão da Suprema Corte e a nova redação dada à Súmula 331 pelo TST expressam a correta tendência de nosso ordenamento jurídico, qual seja a aplicação do Princípio da Harmonização, quando do confronto entre normas ou entre estas e direitos constitucionais, surgindo a tão bem vista Interpretação constitucional. O poder público deve entender que a declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93, não significa um aval para atos impensados e irresponsáveis por parte da administração, o art.37 da Constituição da República, que em seu § 6º consagra a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, determinando que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Importante ressaltar que o texto constitucional não faz qualquer tipo de distinção quanto ao tipo de responsabilidade, seja ela civil ou trabalhista, não poderia, portanto, o texto do § 1º do art.71 da lei 8666/93 fazê-la. Portanto, uma vez que a Administração incorre em culpa in eligendo, pois escolheu um parceiro inadequado, e in vigilando, resultante da falta de fiscalização, esta deve ser responsabilizada, pois suas ações e omissões, mesmo que de cunho administrativo, prejudicaram terceiros, que neste caso são os trabalhadores terceirizados que prestaram sua força laboral em pró da Administração. No mais, deve-se ressaltar que ninguém tem o direito ao locuplemento ilícito, regra que se aplica a Administração, que como já fora citado anteriormente, rege-se não só pela legalidade, mas também pela moralidade.

Ainda com base na Constituição, citamos o princípio da valorização do trabalho humano, previsto e expresso no art.170, caput, da Lei Maior, que de acordo com o texto constitucional, constitui-se, ao

lado da livre iniciativa, como um dos pilares para a ordem econômica.

Registra-se que o presente artigo não defende a existência de vínculo empregatício entre Administração Pública e terceirizados, uma vez que isso fere a regra constitucional, de acesso a cargo público mediante concurso de provas ou de provas e títulos, contudo, fica evidente que não pode perseverar o entendimento de que, a Administração, por um critério de texto de lei infraconstitucional, tenha privilégios que chegam ao ponto de ofender simultaneamente direitos dos trabalhadores e preceitos constitucionais. A declaração de constitucionalidade do § 1º do art.71 da lei 8666/93, põe aparentemente um ponto final nesta discussão, contudo e felizmente não impede a Justiça do Trabalho de apreciar e reconhecer a responsabilidade do poder público, quando esta ficar comprovado nos autos.

Portanto a aplicação da Súmula 331, IV e V do TST, nos casos em que a Administração incorrer em culpa in eligendo e in vigilando, é acertada, uma vez que não podemos ignorar os direitos dos trabalhadores que com sua mão de obra, na maioria das vezes barata, beneficia o tomador de serviços, que alcança seus objetivos com uma significativa redução de custos.

Trata-se, portanto de um conflito de princípios constitucionais, onde a melhor solução é a aplicação do princípio da harmonização, atribuindo à administração pública quando ficar comprovada a responsabilidade desta, a responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas decorrentes da inadimplência do empregador, sem, contudo estabelecer vínculo entre terceirizados e Administração, em observância ao art. 37, II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo. 3ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- ARAÚJO, Luis Cesar G. de. Organização, Sistemas e Métodos e as Tecnologias de Gestão Organizacional. 2 ed.- 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2007.
- BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. Jus Navigandi. Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18479>>. Acessado em: 28/03/2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BRASIL. Decreto nº 2.271 de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica

e fundacional e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Redação determinada pela Resolução nº 96 de 11 de setembro de 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

FABRINI, Fábio e MALTCHIK, Roberto. Dados do CNJ mostram que 13 Tribunais têm mais de 50% de funções comissionadas ocupadas irregularmente. O Globo, Brasília. 27/07/2010. Disponível em: <<http://www.moglobo.globo.com/integra.asp?txUrl=/pais/eleicoes2010/mat/2010/07/27/dados-do-cnj-mostrar-que-13-tribunais-tem-mais-de-50-funcoes-comissionadas-ocupadas-irregularmente-917255826.asp>>. Acessado em 26/09/2010.

MARTINS, Sergio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. 9ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 00698.2007.071.23.00-0. Publicado em 27/06/2008 2ª Turma. Relator: Desembargadora Leila Calvo.

MEIRELES, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOURA, Leonardo Jubé de. Responsabilidade subsidiária dos entes da administração por débitos trabalhistas. Enunciado 331/TST. Ilegalidade e inconstitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2949>>. Acessado em 25/09/2010.

SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho. Série Concursos Públicos. 10.ed. São Paulo: Método, 2009.