

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ELIZABETH CIDREIRA SALES GONÇALVES

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE
TRABALHO TERCEIRIZADOS**

Rio de Janeiro

2016

ELIZABETH CIDREIRA SALES GONÇALVES

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE
TRABALHO TERCEIRIZADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, como requisito parcial à obtenção do grau Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Daniel Queiroz Pereira

Rio de Janeiro

2016

“Não fareis injustiça em juízo; não aceitarás o pobre, nem
respeitarás o grande, com justiça julgarás o teu próximo.”

Levítico 19.15

RESUMO

Esta monografia trata da responsabilidade da Administração Pública, como tomadora dos serviços, nos contratos de terceirização em face do inadimplemento das verbas trabalhistas devidas ao obreiro pela empresa terceirizada, prestadora dos serviços. A monografia mostrará como surgiu a Súmula 331 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que regulava, entre outras coisas, a responsabilidade no caso de inadimplência dos débitos trabalhistas das empresas contratadas para realizar a prestação de serviços terceirizados, estabelecendo a responsabilidade subsidiária do contratado. Tratará, também, da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF e das alterações da Súmula 331 decorrentes desse julgamento. Além disso, demonstrará que a questão da terceirização ainda não está pacificada, restando pendente o julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931, e, por fim, estudará o Projeto de Lei aprovado pela Câmara dos Deputados que pode vir a regulamentar a terceirização.

Palavras-chave: Administração Pública, Terceirização, Responsabilidade Civil, Inadimplemento, Responsabilidade Subsidiária.

ABSTRACT

This monograph treats of the liability of the Public Administration such as receiving services from outsourcing contracts in the face of a breach of labor resources due to the worker by the outsourced company, provider of services. The monograph will show how the Digest 331 issued by the Superior Labor Court, which regulated, among other things, the liability in the event of default of the labor debts of the companies contracted to perform the outsourced services, establishing the contractor's subsidiary liability. It will also deal with Declaratory Action no. 16 DF and the amendments to Digest 331 resulting from that judgment. In addition, it will demonstrate that the issue of outsourcing has not yet been pacified, pending the judgment of Extraordinary Appeal no. 760.931, and, finally, will study the Bill approved by the Chamber of Deputies that may regulate the outsourcing.

Keywords: public administration, outsourcing, Civil liability, Breach, secondary liability.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. HISTÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO.....	3
1.1. Aspectos Gerais.....	3
1.2. Evolução da Terceirização no Brasil.....	4
2. A TERCEIRIZAÇÃO.....	7
2.1. Conceito.....	7
2.2. Terceirização interna e externa.....	11
2.3 Terceirização lícita e ilícita.....	11
2.4. Atividade-meio e atividade-fim.....	13
2.5. Vantagens e desvantagens da terceirização.....	14
3. A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO PRIVADO E O ADVENTO DA SÚMULA 331.....	16
4. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	22
4.1. Serviço Público.....	28
4.2. Princípios da Administração Pública.....	30
4.3. Terceirização lícita e ilícita na Administração Pública.....	32
4.4. Licitação.....	35
5. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N° 16.....	38
6. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	51
6.1. Culpa <i>in eligendo</i> e culpa <i>in vigilando</i>	52
7. SÚMULA 331 DO TST APÓS A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N° 16.....	57
8. TEMA 246 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF.....	62

9. PROJETOS DE LEI SOBRE TERCEIRIZAÇÃO.....	67
9.1. Análise do Projeto de Lei nº 4.330/04.....	68
9.2. O Projeto de Lei nº 4.330/04 e a Constituição da República.....	71
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
AGU	Advogado Geral da União
Art.	Artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
IN	Instrução Normativa
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
MPT	Ministério Público do Trabalho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SDI	Seção de Dissídios Individuais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

INTRODUÇÃO

O Direito deve acompanhar os desenvolvimentos e as alterações que ocorrem na sociedade, com o fim de levar justiça aos cidadãos. O Direito do Trabalho, por sua vez, se transforma para se adequar às mudanças sociais e às relações de trabalho.

A presente monografia tratará do tema da responsabilidade da Administração Pública nos casos de inadimplência de empresas contratadas, no que tange ao pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes de contratos de trabalho terceirizados.

Atualmente as relações de trabalho ficam cada dia mais complexas, existindo a terceirização, quarteirização, etc.

A terceirização ocorre quando o trabalhador é inserido no processo produtivo da empresa tomadora dos serviços. O trabalhador mantém vínculo empregatício com a empresa intermediária, formando relação trilateral de trabalho que envolve o trabalhador, a empresa tomadora e a empresa terceirizada, também denominada prestadora.

Já a quarteirização ocorre quando uma empresa que presta serviços terceirizados solicita a outra empresa terceirizadora seus serviços para exercer atividade-meio, que a primeira empresa não conseguiu efetuar com recursos próprios.

Contudo, como evidenciado no próprio título, o objetivo principal deste trabalho reside em abordar os principais aspectos concernentes à terceirização na Administração Pública.

Para tanto, o primeiro capítulo tratará de uma síntese da história da terceirização ao redor do mundo.

O segundo capítulo mostrará especificamente como ocorreu a terceirização no Brasil e, também, as leis que, de forma subsidiária, trataram da terceirização.

O terceiro capítulo traz o conceito de terceirização, e de outros tópicos relativos ao tema. Será abordada a terceirização interna e externa, lícita e ilícita, pública e privada, atividade-fim e atividade-meio, além das vantagens e desvantagens da terceirização.

O quarto capítulo mostra o advento da súmula 331, mostrando o contexto histórico da súmula. Após, no capítulo cinco, será estudada a terceirização na administração pública,

mostrando as leis aplicáveis, conceito de serviço público, princípios aplicáveis e falando da licitação.

O quinto capítulo é relativo à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, seguido do estudo da responsabilidade da administração, mudanças na Súmula 311 e do Tema 216 da Tabela da Repercussão Geral do STF.

Por fim, no capítulo nove, será analisado o Projeto de Lei nº 4.330/93 e suas disposições sobre a terceirização na Administração Pública.

1 HISTÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO

1.1 Aspectos Gerais

A terceirização teve origem durante a Segunda Guerra Mundial. As indústrias armamentistas não conseguiam produzir armas suficientes, devido à grande procura, necessitando aprimorar as técnicas de produção e o produto. A solução encontrada foi a terceirização desses serviços.

Embora alguns serviços já fossem delegados a terceiros, somente com a Segunda Guerra Mundial a terceirização passou a ter relevância na sociedade e na economia.

Na década de 1970, ocorreu a expansão dos princípios toyotistas relativos à gestão e organização do trabalho. O toyotismo reorganizou a produção e programou uma nova fórmula de relação entre capital e trabalho. No toyotismo existe uma constante busca pela otimização da qualidade e da produtividade, através do padrão horizontal de produção.

No modelo de produção toyotista apenas o básico era produzido, reduzindo o estoque. As atividades-meio eram subcontratadas e terceirizadas. A terceirização é associada ao toyotismo devido à reestruturação produtiva e ao trabalho flexível.

1.2 Evolução da terceirização no Brasil

Enquanto na Europa estava se consolidando o instituto da terceirização, no Brasil, durante a crise de 1929, os cafeicultores investiram seu capital para empregar terceiros na execução de tarefas secundárias, poupando verbas de mão de obra.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – regulamentou as relações de trabalho, entretanto não mencionou a terceirização. Na época de sua edição, a terceirização ainda não tinha relevância jurídica, social ou econômica. A Consolidação das Leis do Trabalho menciona apenas a empreitada e a subempreitada em seu artigo 455, parágrafo único. No caso da empreitada e da subempreitada, o empreiteiro principal era solidariamente responsável pelas obrigações derivadas de contrato de trabalho.

Na década de 1950, a terceirização foi introduzida no Brasil com o ingresso das empresas multinacionais, principalmente no setor automobilístico. As empresas multinacionais já delegavam a terceiros atividades acessórias, como limpeza e conservação, produzindo apenas o objeto fim dos seus negócios.

Ainda em 1969, o Decreto-lei nº 1.034 criou a possibilidade de intermediação de mão de obra para a contratação de serviços de segurança bancária.

Em 1974, a Lei nº 6.019/74 foi editada para tratar do serviço temporário, sem tratar especificamente da terceirização.

A Lei nº 7.102/83 regulou o serviço de vigilância bancária realizado por empresas terceirizadas. Essa modalidade de terceirização pode ser feita em caráter permanente, estando restrita ao setor bancário. O artigo 3º da referida lei permitiu a contratação direta com o tomador de serviços.

A contratação de serviço de vigilância, conservação e limpeza não cria vínculo com o tomador de serviço, tendo em vista a inexistência de personalidade e subordinação direta. A Lei nº 7.102 revogou o Decreto-lei nº 1.034/69.

Onze anos depois, em 28 de março de 1994, a Lei nº 8.863/94 modificou a Lei nº 7.102/83 ampliando as hipóteses de terceirização anteriormente estabelecidas. Foram incluídas a vigilância patrimonial pública ou privada, a segurança de pessoas físicas e o serviço de transporte de valores.

Em 30/09/1986, o Tribunal Superior do Trabalho – TST - editou o Enunciado 256 que estabeleceu que somente poderia haver interposição de mão de obra nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, conforme abaixo:

256. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 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 o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB -, foi permitida a terceirização dos serviços de ensino e saúde pela iniciativa privada, de forma complementar, nos artigos 199, §1º e 209.

A Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1991, que regulamentou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS-, conceituou empregador como pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, da administração que admitir trabalhadores a seu serviço, bem como aquele que por legislação especial figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra.

Além disso, essa lei conceituou como trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, locador ou tomador de mão de obra, com exceção dos trabalhadores eventuais, autônomos e os servidores civis ou militares.

Ainda em 1991, foi editada a Lei nº 8.212/91 que trata da organização da Seguridade Social, que conceituou a cessão de mão de obra da seguinte forma:

Art. 31
 §3º Para 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 realizam serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma da contratação.

Ademais, essa lei estabeleceu alguns dos serviços que se enquadram na situação de cessão de mão de obra, em um rol não taxativo, mas meramente exemplificativo:

“§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.”

Em 1994, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT - foi alterada pela Lei nº 8.949, sendo acrescentado um parágrafo único no artigo 442, que tratava do contrato individual de trabalho. O referido parágrafo único tratou da não vinculação empregatícia entre as sociedades cooperativas e seus associados, *in verbis*:

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.

Com isso, a terceirização começou a ser feita pelas sociedades cooperativas. Na cooperativa, os associados prestam serviços autônomos. No caso de fraude deve ser aplicado o art. 9º da CLT, que trata do princípio da primazia da realidade.

O princípio da primazia da realidade também é conhecido como princípio do contrato realidade. Esse princípio estabelece que o trabalho realizado durante a prestação de serviços é que deve ser levado em consideração para análise da relação de trabalho, ainda que os fatos sejam diferentes do estabelecido no contrato de trabalho. Nas palavras de Alice Monteiro de Barros:

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica.¹

No mesmo sentido Maurício Godinho Delgado:

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a *prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços*, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de *uso*- altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva)²

O princípio da primazia da realidade não pode ser aplicado aos empregos públicos não conquistados através de concurso público, de acordo com o artigo 37, II da Constituição da República.

A formalidade do ato de contratação de servidor público é essencial, gerando uma nulidade quando não obedecida. Nesse caso, os princípios administrativos prevalecem sobre o princípio da primazia da realidade.

Por fim, apesar da controvérsia, a concessão e permissão de serviços públicos não podem ser consideradas formas de terceirização, uma vez a execução total do serviço público é repassado a terceiros.

¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

2 A TERCEIRIZAÇÃO

2.1 Conceito

O conceito de terceirização é proveniente do direito empresarial e tinha como foco a descentralização das atividades empresariais para terceiro não pertencente à empresa. A palavra terceirização é um neologismo e sinônimo de terciarização. Tal conceituação não está presente na Consolidação das Leis do Trabalho.

Terceirização é a contratação de serviços por meio de uma empresa. A empresa terceirizadora é intermediária entre o tomador de serviço e o trabalhador. Um terceiro recebe a tarefa de executar serviços que poderiam ser realizados diretamente, mas que, por algum motivo, é mais vantajoso que seja atribuído a outrem.

A terceirização possibilita que a empresa tomadora de serviço se dedique exclusivamente às suas atividades principais, ficando mais ágeis e flexíveis, aumentando, dessa forma, sua competitividade. Com a terceirização ocorre a redução da folha de pagamentos da empresa, reduzindo os custos.

A terceirização ocorre quando uma empresa contrata empresa especializada com intuito de descentralizar seus serviços. A outra forma de descentralização é a transferência a terceiros da responsabilidade pela prestação de serviços em sua totalidade, que ocorre nas concessões e permissões.

Alexandre Agra Belmonte exemplifica casos de terceirização:

Outros casos de terceirização podem, no entanto, ser apontados: assistência jurídica, transporte e propaganda, seleção e treinamento de pessoal, auditoria e contabilidade, elaboração de software para empresa de outro ramo, locação de equipamentos e máquinas com operadores, manutenção de máquinas, elevadores e equipamentos, limpeza e vigilância.³

O mesmo autor caracteriza exceções à terceirização:

³ BELMONTE, Alexandre Agra. **Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 26-52, out./dez. 2008.

A terceirização não deve ser confundida com o repasse do direito de exploração de certa atividade (por exemplo, a franquia), com a exploração de negócio próprio em bem alheio (arrendamento parcial, estacionamento, cantina e restaurante), com a instalação de equipamentos destinados ao funcionamento de prédio ou do negócio (elevadores, frigoríficos, equipamentos de informática) e com a contratação para construção ou reforma de bem destinado ao uso próprio (dono da obra).⁴

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

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.⁵

As relações de trabalho são, em geral, bilaterais. As relações jurídicas de prestação de serviços configuram as relações de trabalho.

Relação de trabalho é o vínculo jurídico estabelecido expressa ou tacitamente entre o trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que figura como o empregador. O sujeito da obrigação deve ser uma pessoa física.

Existem inúmeras relações jurídicas incluídas na relação de trabalho que não se encaixam nos requisitos necessários estabelecidos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho para que haja relação de emprego.

A Súmula 214 do extinto Tribunal Federal de Recursos dispõe que:

Súmula 214/TFR - 12/07/2016. Relação de emprego. Configuração.

A prestação de serviços de caráter continuado, em atividades de natureza permanente, com subordinação, observância de horário e normas da repartição, mesmo em Grupo-Tarefa, configura relação empregatícia.

⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. **Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 26-52, out./dez. 2008.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

O conceito de relação de trabalho engloba o de relação de emprego. Os elementos essenciais para que haja a relação de emprego são: o trabalho feito por pessoa física, a pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Somente existem relações de trabalho com pessoas físicas. Os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho somente podem ser usufruídos por pessoas físicas. O Direito do Trabalho visa a proteger a pessoa do trabalhador e garantir a sua dignidade.

A prestação pessoal de serviço demonstra que o empregado não pode ser substituído aleatoriamente por outra pessoa no exercício de sua prestação de trabalho. É requisito essencial à caracterização da relação de emprego, pois o contrato de trabalho é *intuitu personae*.

Com a pessoalidade, somente em alguns casos o trabalhador pode ser substituído sem que haja uma ruptura do vínculo empregatício.

A não eventualidade estabelece que o trabalho deve ser individual e contínuo⁶. Deve haver uma habitualidade na prestação de serviço ligadas às atividades normais do empregador.

A permanência está ligada à duração do contrato de trabalho e ao princípio da continuidade da relação de emprego. É de grande relevância para o Direito do Trabalho a permanência do trabalhador no emprego.

Não existe uma previsão de número de dias trabalhados que caracterizem o vínculo empregatício, sendo necessário que o serviço seja prestado de forma contínua e ininterrupta.

A subordinação estabelece que a prestação de serviço deve ser dirigida e coordenada pelo empregador, devendo o empregado seguir suas orientações e determinações, dentro dos limites legais. A subordinação deriva do contrato de trabalho.

⁶ Existem quatro teorias sobre a eventualidade no contrato de trabalho:

- A teoria da descontinuidade esclarece que o trabalho descontínuo, disperso no tempo, com rupturas e espaçamentos temporais significativos, é eventual;
- A teoria do evento considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado fato ou evento, ensejador de certa obra ou serviço. Neste caso, o trabalho terá a duração do evento esporádico ocorrido, não podendo ser considerado um serviço que necessite de tempo mais amplo;
- A teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa) informa que eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa. É a teoria mais prestigiada, pois explicita que não estando inserida nos fins da empresa, serão esporádicas e de estreita duração;
- A teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços esclarece que é eventual o trabalhador que não tem uma fonte de trabalho fixa, diferentemente do empregado que se fixa numa fonte de trabalho.

Tratando da subordinação⁷, Maurício Godinho Delgado explica que:

A natureza jurídica do fenômeno da subordinação é hoje, portanto, entendimento hegemônico entre os estudiosos do direito do trabalho.

(...)

A teoria justrabalhista registra, contudo, antigas posições doutrinárias que não enxergavam, ainda, esse caráter eminentemente jurídico do fenômeno da subordinação. Acentuando a ideia de dependência (que tem matiz pessoal e objetiva), já se considerou a subordinação ora como sendo uma *dependência econômica*, ora como sendo uma *dependência técnica* (ou tecnológica).

No primeiro caso (*dependência econômica*), a concepção fundava-se na hierarquia rígida e simétrica que tanto marca a estrutura socioeconômica de qualquer organização empresarial, colocando no vértice da pirâmide econômica o empregador e seus representantes. A relação empregatícia, em particular, seria uma projeção enfática dessa assimetria econômica que separa empregador e empregado.

(...)

A subordinação (assimilada à expressão *dependência*) já foi, também, considerada como fenômeno de natureza e fundamentação técnica (*dependência técnica*): o empregador monopolizaria naturalmente o conhecimento necessário ao processo de produção em que se encontrava inserido o empregado, assegurando-se, em consequência, de um poder específico sobre o trabalhador. A assimetria no conhecimento técnico daria fundamento à assimetria na relação jurídica de emprego.⁸

Por fim, o último dos requisitos da relação de emprego é a onerosidade. A onerosidade significa que os serviços prestados devem ser remunerados pelo empregador. O contrato de trabalho não pode ser executado de forma altruísta ou voluntária. O salário é devido quando evidenciada a onerosidade da prestação laboral.

⁷ A subordinação tem três dimensões principais que se completam de forma harmônica:

- A clássica ou tradicional que se caracteriza pelas intensas ordem do empregador ao empregado, no que tange ao modo de realizar sua prestação laborativa;
- A objetiva que se caracteriza pela realização, pelo trabalhador, dos objetivos sociais da empresa;
- A estrutural na qual o trabalhador se harmoniza com a organização, dinâmica e cultura do empreendimento que lhe capta os serviços.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

Os requisitos para a existência de relação de emprego são relativos ao processo de realização da prestação laborativa, com exceção da necessidade de o trabalho ser exercido por pessoa física.

A relação de emprego pode ser informal, não sendo exigido um documento solene para caracterizar o vínculo de trabalho diante do Poder Judiciário. Nos artigos 442 e 443 da CLT são admitidas várias formas de reconhecimento do vínculo trabalhista.

Com o instituto da terceirização, ocorre o modelo trilateral da relação socioeconômico e jurídico, havida entre empregado, empregador e tomador de serviço. Na relação trilateral a empresa terceirizante contrata o trabalhador terceirizado.

Na terceirização, o trabalhador é subordinado à empresa contratada, a qual é responsável pelo pagamento dos encargos trabalhistas.

2.2 Terceirização interna e externa

Pode ocorrer a terceirização interna ou externa. A terceirização interna ocorre quando uma empresa utiliza mão de obra de trabalhadores terceirizados e não terceirizados no mesmo local de trabalho.

A terceirização externa ocorre quando a empresa descarta etapas de seu ciclo produtivo e os seus respectivos trabalhadores, tornando-se mera gerenciadora, lançando-se dentro de outra empresa que terceiriza mão de obra.

A terceirização interna inspirou a Súmula nº 331 do TST. A externa liga-se às decisões tomadas pelos grupos empresariais visando o melhor rendimento da empresa.

2.3 Terceirização lícita e ilícita

A terceirização pode ser lícita e ilícita.

A terceirização lícita ocorre quando o serviço é especializado, ligado a atividade-meio do tomador, inexistindo a personalidade e a subordinação direta. Isso está estabelecido na Súmula 331 do TST. A terceirização lícita respeita o direito dos trabalhadores.

São hipóteses de terceirização lícita:

É lícita a terceirização feita para o trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), desde que não sejam excedidos três meses de prestação de serviços pelo funcionário na empresa tomadora; em relação a vigilantes (Lei nº 7.012/83); de servidores de limpeza; da empreitada (art. 1.237 do Código Civil); da subempreitada (art. 455 da CLT); da locação de serviços (art. 1.216 ss do Código Civil); das empresas definidas na lista de serviços submetidos ao ISS, conforme redação da Lei Complementar nº 56 ao Decreto-lei nº 406, pois tais empresas pagam, inclusive, impostos; em relação ao representante comercial autônomo (Lei nº 4.886/65); do estagiário, de modo a lhe propiciar a complementação do estudo mediante a interveniência obrigatória da instituição de ensino (Lei nº 6.494/77).

(...)

Indiretamente, porém, o próprio TST admite como lícita a prestação de serviços médicos por empresa conveniada, para efeito de abono de faltas dos trabalhadores (Enunciado 282 do TST). A Convenção nº 161 da OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 86, de 14 de dezembro de 1989, sendo promulgada pelo Decreto nº 127, de 23 de maio de 1991. Tal Convenção, que trata sobre serviços de saúde do trabalho, em seu art. 7º, permite que os referidos serviços sejam organizados para uma só ou várias empresas, o que também mostra que as empresas que cuidam de assistência médica têm sua atividade considerada lícita, inclusive pela referida Convenção. A subempreitada também vem a ser uma forma de terceirização lícita, pois é prevista, a contrário *sensu*, no art. 455 da CLT.⁹

A terceirização ilícita ou fraudulenta ocorre quando verdadeira relação de emprego é ocultada. Os atos praticados com o fim de desvirtuar, impedir ou fraudar a relação de emprego são nulas de pleno direito. Na terceirização ilícita são contratados trabalhadores para realizar as atividades essenciais à dinâmica empresarial, havendo desvio de função dos trabalhadores.

A terceirização ilícita, no âmbito do direito privado, acarreta a formação do vínculo de emprego diretamente com a tomadora de serviço, embora o liame empregatício permaneça ligado ao prestador de serviços.

Para que seja caracterizada a terceirização ilícita deve ser comprovada a existência dos requisitos elementares da relação de emprego, respondendo a empresa que intermediou a mão de obra de forma solidária pelas verbas trabalhistas, conforme o artigo 946 do Código Civil

⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2001.

combinado com o artigo 8º, parágrafo único da CLT. Isso não se aplica aos entes da Administração Pública.

2.4 Atividade-meio e Atividade-fim

Os conceitos de atividade-fim e atividade-meio foram elaborados pela jurisprudência na década de 1980, por influência de dois diplomas legais direcionados à Administração Pública, quais sejam, o Enunciado 256 do TST e a Súmula 331 também do TST que a revogou.

O inciso I da Súmula 331 reconhece o vínculo empregatício no caso de terceirização ilícita e define atividade meio em seu inciso III:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário

(...)

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

É necessário estabelecer as diferenças entre atividade-fim e atividade-meio de uma empresa. A atividade-fim deve estar relacionada aos objetos da empresa, inclusive a produção de bens e serviços. Está relacionada ao objeto social da empresa. São as atividades nucleares do tomador de serviço.

Pode haver uma analogia entre o §2º do artigo 581 da CLT e o conceito de atividade fim, pois aquele artigo trata de uma atividade preponderante que pode caracterizar o objeto da empresa, *in verbis*:

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.

As atividades-meio, por outro lado, são funções periféricas, de mero suporte, sem integrar o núcleo das atividades empresariais do tomador. No âmbito da Administração Pública só é admitida a terceirização de atividades-meio, de forma especializada e autônoma, sem pessoalidade e subordinação direta. São exemplos de atividade-meio os serviços de limpeza e de vigilância.

Na terceirização pode ocorrer a substituição do trabalhador, pois a empresa tomadora de serviços contrata o serviço prestado pela empresa terceirizante e não a mão de obra daqueles trabalhadores.

Os Tribunais do Trabalho devem decidir caso a caso se a atividade em questão se trata de atividade-fim ou atividade meio.

A Lei nº 6.019/79, que trata do trabalho temporário, criou uma relação jurídica trilateral, que também ocorre na terceirização. O trabalhador temporário deve atender a uma necessidade transitória de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço, podendo, dessa forma, realizar atividade-fim da empresa. Esse tipo de terceirização exige que o trabalhador seja qualificado e especializado.

Por fim, é interessante notar que o Recurso Extraordinário nº 958.252, que aguarda julgamento pelo STF, questiona a ilicitude da terceirização da atividade-fim. O recorrente afirma que não há respaldo, limitação ou definição de atividade-fim em lei alguma.

2.5 Vantagens e desvantagens da terceirização

A vantagem da terceirização está em impulsionar a produção e a qualidade do produto ou serviço ofertado, reduzindo custos e aumentando os lucros das empresas. As empresas podem, assim, ser mais eficientes e eliminar desperdícios.

Pode ser apontada como vantagem o aumento de micro, pequena e médias empresas pela renovação e intensificação das atividades do setor terciário.

Por outro lado, a terceirização desorganiza a atuação sindical e suprime a eficácia da atuação das entidades representantes dos trabalhadores terceirizados. No âmbito privado, uma desvantagem da terceirização é a busca ao Poder Judiciário por parte do trabalhador pelo reconhecimento do vínculo empregatício.

No âmbito da Administração Pública uma grande desvantagem na terceirização é a precarização dos direitos trabalhistas e a discriminação por parte dos empregados das empresas tomadoras de serviços. A diferença entre os funcionários ocupantes de cargos públicos e os trabalhadores contratados gera desigualdade e preconceito.

Outra desvantagem da terceirização na Administração Pública é que o Estado acaba dependente dos serviços privados, precisando sempre contratar terceiros para executar suas atividades-meio.

3 A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO PRIVADO E O ADVENTO DA SÚMULA 331

O setor privado utilizava cada vez mais mão de obra que não estava enquadrada na CLT. Era preciso uma lei que regulamentasse as relações de trabalho que não possuísem todos os requisitos das relações de emprego.

Nesse contexto, a Lei n° 6.019/74 regulamentou o trabalho temporário. Os trabalhadores temporários passaram a ter regulamentação própria e a terceirização passou a ser uma opção. O artigo 2° dessa lei estabelece que:

Art. 2°. 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.

A terceirização não foi mencionada expressamente.

Essa lei estabelece que o trabalho temporário deve ser utilizado para realizar serviços de curta duração, podendo haver prorrogação por igual período. Três meses é a definição de curta duração.

Sobre trabalho temporário Alexandre Agra Belmonte esclarece que “A lei não prevê o pagamento de gratificação natalina, mas a jurisprudência, com base no art. 2°, CLT, art. 100, CRFB, e analogia do art. 455 da CLT c/c 8°, caput, da CLT, interpreta a ampliação da responsabilização a todas as parcelas.”¹⁰

O trabalho temporário pode ser utilizado nas atividades permanentes e regulares da empresa. Empregados temporários podem ser contratados no caso de acréscimo extraordinário de serviço. Não há restrições relativas à atividades-meio e atividade-fim, ambas podem se utilizar do trabalho temporário.

A Justiça do Trabalho decidia muitas causas relativas à terceirização fraudulenta. Em 1986 foi editado o Enunciado n° 256 pela Resolução n° 4/86:

¹⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. **Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 26-52, out./dez. 2008.

256 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Em 2005, a Resolução 129 estabeleceu que os Enunciados do TST passariam a ser chamados de Súmula.

O Enunciado 256 vigorou até 1993, quando foi revista. Dentre os precedentes que deram ensejo à revisão do Enunciado 256 estão os casos da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil.

Enquanto vigorava o Enunciado 256, a Caixa Econômica Federal contratou estagiários com a finalidade de não realizar concurso público. O Ministério Público do Trabalho instaurou inquérito civil para investigar a conduta da Caixa Econômica. O inquérito deu ensejo ao ajuizamento de Ação Civil Pública que foi julgada procedente no sentido de reconhecer as irregularidades existentes.

Na mesma época, o Ministério Público do Trabalho instaurou o Inquérito Civil Público que investigava a denúncia de utilização pelo Banco do Brasil de mão de obra ilegal de digitadores.

No caso do Banco do Brasil, foi firmado Termo de Compromisso. O Termo de Compromisso estabelecia que a mão de obra locada de digitadores e lavagem de carros deveria ser substituída por servidores concursados em 180 dias e que o Banco do Brasil deveria abrir concurso público para preenchimento de vagas nas áreas de limpeza, telefonia, ascensorista, copeiro, estiva e gráfica no prazo de 240 dias. O Banco tinha a opção de oferecer solução diversa de acordo com a legislação.

O Banco teve dificuldades para cumprir o estabelecido no Termo de Compromisso, pedindo sua suspensão, com os seguintes fundamentos:

- O cumprimento do item II do Termo abarcava um universo de 13.000 trabalhadores (prestadores de serviços);
- Os trabalhadores que se encontravam alocados na prestação dos serviços perderiam seus empregos, pois não dispunham de reais condições para se prepararem para o concurso;

- A abertura de concurso faria com que profissionais portadores de diploma de nível superior se candidatassem, em situação de vantagem sobre os prestadores de serviços;
- A perda do emprego para os prestadores de serviços teria grave impacto social, repercutindo no aumento da informalidade e violência;
- O Banco não locava mão de obra, apenas celebrava contrato mercantil com empresas que se obrigavam a prestar serviços especializados;
- O Decreto-lei n. 200/67 pode ser aplicado ao Banco do Brasil por ser sociedade de economia mista, integrando a estrutura da Administração Federal;
- A Constituição Federal garante liberdade de trabalho, ofício ou profissão.¹¹

O Subprocurador, em despacho proferido em resposta ao caso acima, declarou que:

(6) Considerando as dificuldades ora enfrentadas pelo Banco do Brasil quanto à realização do concurso público previsto em termo de compromisso que pôs fim ao inquérito civil público e a impossibilidade do MPT desobrigá-lo de seu cumprimento enquanto estiver vigente a Súmula n. 256 do TST com sua redação atual, decidimos fazer uso da faculdade que nos confere o art. 83 da Lei Complementar n. 75/93, pedindo ao TST a Revisão do Enunciado em tela, para que exclua as empresas estatais de seus termos.

(7) Enquanto não houver a revisão do enunciado, já requerida ao TST, fica vigente o termo de compromisso (...)¹²

A nova redação do enunciado, sugerida pelo Subprocurador Geral, era a seguinte:

Enunciado n. 256 – CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019/74 e 7.102/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, inclusive para serviços de limpeza e digitação, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviço, com exceção das empresas públicas, sociedades de economia mista e órgãos da administração direta, autárquica e fundacional.

¹¹ BIAVASCHI, Magda Barros. (A dinâmica da súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a história da forma de compreender a terceirização). In: COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Murada. (Coordenadoras). **Trabalho e justiça social: Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

¹² BIAVASCHI, Magda Barros. (A dinâmica da súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a história da forma de compreender a terceirização). In: COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Murada. (Coordenadoras). **Trabalho e justiça social: Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

Diante de todas as divergências que envolviam a matéria na época, o Presidente da Comissão de Súmula do TST apresentou duas opções para revisão do Enunciado 256:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 31.1.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo do emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF)

1ª opção:

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983), de conservação, de limpeza, bem como ao de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

2ª opção:

III – Não configura vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que não disponha de empregados próprios nestas funções.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e consta também do título executivo judicial.¹³

Em 17 de setembro de 1993 o Enunciado 256 foi revisto e a Resolução n° 23/93-Órgão Especial- aprovou o texto da Súmula 331. Essa Súmula foi editada, com a finalidade de evitar abusos praticados no passado:

331. Contrato de prestação de serviços – legalidade – revisão do enunciado n° 256.

I- a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (lei n° 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

¹³ BIAVASCHI, Magda Barros. (A dinâmica da súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a história da forma de compreender a terceirização). In: COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Murada. (Coordenadoras). **Trabalho e justiça social: Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

II - a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, inc. II, da Constituição da República).

III - não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados - atividades-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto aquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21/06/1993).

Em síntese, na Súmula 331, o TST afirma que:

- a) ser ilícita a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se a relação de emprego diretamente com o tomador dos serviços, salvo a hipótese de trabalho temporário;
- b) que é lícita a terceirização, quando se trate da contratação de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador;
- c) que a relação de emprego forma-se com o tomador dos serviços, quando, apesar da licitude da terceirização, ocorrer possibilidade na prestação de serviços e o trabalhador estiver subordinado diretamente ao tomador dos serviços;¹⁴

A Súmula 331 ampliou as hipóteses em que a empresa tomadora de serviços contrata empresa interposta. No caso de contratação interposta será reconhecido o vínculo empregatício com a empresa tomadora de serviços.

Essa vinculação só existirá se houver pessoalidade e subordinação direta do empregado.

De acordo com essa súmula, haverá vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços no setor privado. O tomador de serviços é responsável pelo adimplemento das verbas trabalhistas.

A Súmula 331 igualou o tratamento entre as empresas estatais e as demais pessoas jurídicas de direito privado.

Nada disso, porém, se aplica à Administração Pública, pois para que uma pessoa possa integrar os quadros da Administração Pública é necessária prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

¹⁴ NETO, João Alves; ROCHA, Andréa Rocha. **Súmulas do TST comentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Só era aplicável à Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviços.

A redação original da Súmula 331 é contra *legem*, pois vai de encontro ao estabelecido no §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93.

O inciso IV da súmula em comento foi alterado pela resolução n.º 96/2000, do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, que, em sessão extraordinária, apreciou incidente de uniformização de jurisprudência, incluindo a administração pública como responsável pelo pagamento dos débitos trabalhistas, *in verbis*:

IV – 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 n.º 8.666/93).

4 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Reforma Administrativa ocorreu em 1967, através do Decreto-lei nº 200/67. Esse diploma normativo estabelecia que a execução das atividades Administração Pública deveria ser amplamente descentralizada. Essa descentralização pode se dar por delegação de serviços, pela terceirização, entre outras formas.

A alínea c, do §1º, do artigo 10, combinado com o §7º do Decreto-lei 200/67 estabelecia que:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

.....
c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

.....
§ 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.

Os serviços podem ser terceirizados, mas o mero fornecimento de mão de obra não foi permitido. O objetivo do decreto era desburocratizar a administração pública e impedir o seu crescimento desmesurado.

A possibilidade de descentralização existia, mas ainda não era especificado quais serviços poderiam ser descentralizados. Para resolver isso foi editada a Lei nº 5.645/70. Segundo essa lei são atividades passíveis de terceirização:

Art.

3º

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

O rol era exemplificativo, mas abrangia somente atividades-meio. O referido parágrafo único foi revogado pela Lei n° 9.527, de 10 de dezembro de 1997.

O Decreto-lei 2.300/86 disciplinou as licitações e contratos administrativos no âmbito federal. O referido Decreto-Lei trazia previsão expressa da possibilidade de regime de execução indireta de obras e serviços em seu artigo 9º, II.

A Constituição Federal foi promulgada dois anos depois. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT - criou normas de transição da Constituição revogada para a Constituição promulgada. O artigo 19 do ADCT estabeleceu que os interinos, extranumerários, contratados, inclusive os terceirizados, que trabalhassem na Administração Pública há mais de 05 anos, seriam efetivados ao serviço público. Esses trabalhadores adquiriram vínculo com a Administração sem a aprovação em concurso. Essa ficou conhecida como "estabilidade excepcional".

Foi julgada a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI 289-9/CE relativa ao tema:

EMENTA: 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 federa das disposições transitórias.

II. Estabilidade excepcional (Art. 19 do ADCT): não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível concurso público (v.g. RE 181.883, 2º T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.08.00; 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 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 Ceará.¹⁵

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 289 CE**. Relator: Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 09/02/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-03-2007.

O artigo 19 se tratava de uma disposição transitória. A aplicação desse artigo já ocorreu e não tem mais eficácia.

A Constituição estabeleceu que é necessária prévia aprovação em concurso público de provas e de provas e títulos para que haja vínculo empregatício com a Administração Pública.

No mesmo sentido está o Enunciado 363 do TST que proíbe a contratação de servidor público sem prévia aprovação em concurso público, limitando o direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitando o valor da hora do salário mínimo e dos valores relativos aos depósitos de STF.

No Brasil, na década de 90, foram adotadas práticas neoliberais pelo governo, como, por exemplo, a diminuição do quadro pessoal, sendo que esses funcionários foram substituídos por trabalhadores terceirizados, violando, inclusive, a regra de que somente as atividades-meio poderiam ser terceirizadas. Em 1995, ocorreu a reforma do Estado iniciada em 1995, através do Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, de responsabilidade do Ministério da Reforma do Estado (MARE).

O neoliberalismo causou a desestatização do Estado e da Administração Pública fazendo com que estes necessitassem de mão de obra terceirizada. Não só as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, mas também as pessoas jurídicas de Direito Público podem utilizar mão de obra terceirizada. Não existem maiores problemas quanto à terceirização nas empresas estatais exploradoras de atividades econômicas porque estas são regidas pelo Direito Privado, de acordo com o artigo 173 da Constituição da República.

A Lei nº 8.666/93 substituiu o Decreto Lei nº 2.300 e tratou de normas gerais de licitações e contratos administrativos.

Em dezembro de 1993, ocorreu a ampliação da terceirização devido ao aumento da utilização de mão de obra na Administração Pública. Essa última alteração resultou na aprovação da Súmula 331 *in verbis*:

331. Contrato de prestação de serviços – legalidade – revisão do enunciado nº 256.

I - a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

II - a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, inc. II, da Constituição da República).

III - não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados - atividades-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto aquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Em 1993, foi editada a Lei nº 8.745, que estabelecia nos seus artigos 1º e 2º que a contratação temporária de servidores deve atender à necessidade temporária e excepcional interesse público, especialmente, nos casos de calamidade pública, combate a surtos endêmicos, recenseamentos, admissão de professores substitutos ou visitantes, atividades especiais nas organizações das forças armadas para atender à área industrial ou encargos temporários e serviços de engenharia.

Em 1997 foi editado o Decreto nº 2.271/97 que trata da terceirização no serviço público federal. O caput do artigo 1º do referido decreto admite a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares, ao passo que seu parágrafo primeiro contém enumeração de atividades a serem executadas preferencialmente mediante contratação. Em seu parágrafo segundo, é excluída a execução indireta para as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.

A redação do artigo 1º do Decreto nº 2.271/97, abaixo transcrito:

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.

O artigo 4º do referido decreto proibia o mero fornecimento de mão de obra e a subordinação dos empregados à administração. O fundamento constitucional para tal vedação baseia-se no princípio do concurso público e nos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade. Segue a redação do artigo 4º:

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.

Esse Decreto possibilita que cargos parcialmente extintos tenham suas funções exercidas por servidores de carreira e, também, por trabalhadores terceirizados, permitindo a transição do sistema de cargos para o sistema de funções terceirizadas.

O referido Decreto só é aplicável no âmbito do Poder Executivo Federal. Os demais poderes permanecem sem regulamentação, devendo recorrer a Termos de Ajustamento de Conduta para sua normatização e regulamentação.

As terceirizações na administração pública podem ser utilizadas para burlar restrições legais relativas aos gastos dos administradores com despesas relativas a recursos humanos que tem seus limites fixados em lei complementar.

A Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, que fixou o limite para a despesa com pessoal, admitiu a terceirização no serviço público. Essa lei inibiu a realização de concursos públicos com o fim de reduzir as despesas do Estado com o funcionalismo público.

Essa lei determinou que os valores dos contratos de mão de obra terceirizadas fossem contabilizados como outras despesas de pessoal, para evitar que os administradores se utilizassem de falsas terceirizações para burlar as restrições legais. Dessa forma, a lei admitiu implicitamente a utilização de mão de obra terceirizada.

A Lei nº 9.995/00 segue o estabelecido na Lei Complementar nº 101/00:

Art. 64. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do caput, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;

II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente.

Ainda havia uma lacuna quanto à responsabilidade da Administração Pública na contratação de empresa terceirizada. Para suprir essa lacuna, em 18/09/2000 foi alterada a Súmula 331 do TST, nos seguintes termos:

IV – 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 n. 8.666/93)

Em 2005, foi editada a Orientação Jurisprudencial 321 da Seção de Dissídios Individuais – SDI-1 do TST:

321. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988 (nova redação) - DJ 20.04.2005

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo

empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.¹⁶

Nos anos de 2008 e 2009, foram editadas as Instruções Normativas- IN - n° 2, 3, 4 e 5 pela Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com o objetivo de suprir a ausência de legislação específica sobre planejamento e acompanhamento das contratações de serviços de terceiros pela Administração Pública, constatadas principalmente em decisões da lavra do Tribunal de Contas da União.

A Orientação Jurisprudencial da SDI-1 n°. 383, publicada em abril de 2010, dispõe sobre o empregado terceirizado de forma irregular pela Administração Pública, mediante empresa interposta, comparado àqueles que foram licitamente contratados. Havendo igualdade de funções entre os contratados ilícita e licitamente, aplicar-se-á o princípio da isonomia, garantindo aos trabalhadores contratados ilicitamente o direito às mesmas verbas trabalhistas às quais tem direito os trabalhadores licitamente contratados:

OJ SDI- 383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI N° 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 afastado, contudo pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador de serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei n° 6.019, de 03.01.1974.¹⁷

4.1 Serviços Públicos

Para delimitar a aplicação da terceirização na Administração Pública é necessário, em primeiro lugar, tratar do serviço público.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial n° 321**. Seção de Dissídios Individuais-1. DJ 20.04.2005.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial n° 383**. Seção de Dissídios Individuais-1. DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua serviço público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou de 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 lhe faça as vezes, sob 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.¹⁸

Somente as atividades-fim são consideradas serviços públicos, excluindo-se destes os serviços de limpeza, vigilância, serviços de arquivo, entre outros.

Para falar sobre a terceirização na Administração Pública, faz-se necessário tratar do tema serviço público. A concepção ampla de serviço público abrange tudo que o Estado faz, incluindo obras públicas, atividades típicas de polícia administrativa e a exploração estatal de atividade econômica regida pelo Direito Privado.

A Administração Pública tem três funções distintas: a gestão estratégica, operacional e a material. A gestão estratégica é a função de estratégia no serviço público. A função estratégica é responsável por gerir o interesse público. A gestão operacional está relacionada ao funcionamento de uma organização. É responsável pela continuidade e otimização dos serviços. A gestão material é referente ao efetivo desempenho do serviço, à execução material das operações de prestação de serviço. As atividades realizadas nesse nível de gestão não constituem serviço público.

A Administração tem repassado a prestação de serviços públicos para a iniciativa privada através das concessões e permissões. Da mesma forma, a Administração busca reduzir seus quadros para executar suas atividades-meio através da terceirização.

A terceirização é diferente das concessões e permissões de serviço público. A terceirização só pode ser feita em atividades instrumentais da administração. Já nas concessões e permissões, todas as atividades relativas ao serviço são atribuídas a terceiro. As atividades-meio desses serviços podem eventualmente ser terceirizadas. As concessionárias e permissionárias recebem a gestão operacional dos serviços.

¹⁸ Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

As concessionárias e permissionárias assumem a posição antes ocupadas pelo poder concedente na prestação de serviço. Com a terceirização, a empresa contratada é responsável apenas pela execução da atividade-meio, sendo responsável também pelos trabalhadores terceirizados que a ela são subordinados.

A gestão estratégica de serviços nunca poderá ser repassada a terceiros.

A terceirização diminui a burocracia e os custos dos serviços prestados pelo Estado.

Apesar da permissão legislativa sobre a descentralização dos serviços, deve-se lembrar que os cargos da Administração Pública devem ser providos por meio de concurso público. O concurso é um instrumento de cidadania e inclusão, que promove a isonomia de oportunidades e combate a terceirização ilícita na Administração Pública.

Interessante notar que nem todos os investidos em cargo público estão sujeitos ao regime único dos servidores públicos, pois os empregados públicos estão sujeitos ao regime celetista.

Uma exceção ao princípio do concurso público são as funções de direção, chefia e assessoramento que podem ser providas por cargos em comissão, que são de livre nomeação e exoneração.

O STF declarou na ADI n° 3.026/DF que a Ordem dos Advogados do Brasil também não precisa realizar concurso para seleção dos seus agentes administrativos por se tratar de autarquia *sui generis*.

4.2 Princípios da Administração Pública e a terceirização

Os princípios da Administração pública limitam a terceirização. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado implica na superioridade dos interesses da Administração sobre os demais. O princípio da indisponibilidade do interesse público mostra que o agente público deve agir de acordo com o interesse do bem-comum.

Esses princípios estão relacionados ao tema do trabalho, pois deve haver interesse público que justifique a terceirização de qualquer atividade pública.

O princípio da legalidade vem expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, vinculando toda a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O princípio da legalidade proíbe que a Administração, por ato administrativo, conceda, obrigue ou vede qualquer tipo de direitos ou deveres senão em virtude de lei. A Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Aplicado à terceirização, esse princípio impede que a mão de obra terceirizada seja contratada em casos que não estejam previstos em lei.

Um dos requisitos para ser investido em cargo, emprego ou função pública é a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Tal requisito está previsto no artigo 37, inciso II da Constituição da República. Esse princípio obedece a outros dois princípios da administração pública: o da moralidade e o da impessoalidade.

O princípio da impessoalidade está relacionado com a finalidade pública de toda atividade administrativa e, também, com o fato de que todos devem ser tratados com igualdade pela Administração Pública.

O princípio da moralidade busca a adequação da conduta do agente público aos padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. A moral administrativa é equivalente à moral jurídica e possibilita a invalidação dos atos administrativos que não a possuam.

A noção de moral da Administração Pública é objetiva, podendo ser extraída das normas concernentes à conduta dos agentes públicos existentes no ordenamento jurídico. Se o agente público descumprir o estabelecido em lei violará o princípio da moralidade da Administração Pública.

O princípio da impessoalidade exige a ausência de subjetividade do administrador público e demonstra a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, impedido o administrador de buscar interesses pessoais ou de terceiros no exercício de sua competência. Esse princípio impede que haja discriminações entre administrados, seja para o bem ou para o mal, gerando isonomia entre os administrados.

O princípio da publicidade determina a ampla divulgação dos atos da Administração Pública, com exceção das hipóteses de sigilo previstas em lei. As licitações são públicas após a abertura da proposta.

O princípio da eficiência foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98. As atividades e serviços prestados pela Administração devem ser eficientes, maximizando seus resultados. Os agentes públicos devem realizar suas atribuições com rendimento funcional.

A celebração de contratos de mão de obra, desrespeitando as regras constitucionais relativas ao concurso público e inviabilizando o acesso democrático aos quadros da Administração Pública por quem preencha os requisitos necessários e favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento, viola os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, ainda que haja licitação.

4.3 Terceirização lícita e ilícita na Administração Pública

A Administração Pública estabelece no inciso II do artigo 6º da Lei nº 8.666/93 os serviços relacionados à sua atividade-meio passíveis de terceirização:

Art. 6º. Para os fins desta lei, considera-se:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Note-se que o rol de serviços não é taxativo, mas exemplificativo, porque não há como prever quais serviços a administração poderá necessitar.

Só é admitida a contratação de trabalhadores terceirizados para execução indireta de serviços, de acordo com o artigo 10, II da Lei nº 8.666/93. A execução indireta se faz sob a modalidade da empreitada.

O item referente aos trabalhos técnicos profissionais é o único da lista acima que possui uma enumeração exaustiva. Essa enumeração encontra-se no artigo 13 da mesma lei:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
- VIII - (VETADO).

A inexigibilidade de licitação pode ser aplicada a esses serviços.

Ademais, esses serviços não são prestados aos cidadãos, mas sim ao ente público contratante e somente a execução de algumas atividades específicas, que não sejam as atividades principais do ente público podem ser terceirizadas.

O inciso IX, do artigo 37 da Constituição da República cria um critério para a contratação de trabalho terceirizado:

- IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Trata-se de contratação de serviço e não de mão de obra.

É vedada a locação de mão de obra. O contrato de locação foi regulamentado inicialmente no Direito Romano e originava três tipos de obrigação: proporcionar a outrem o uso, ou o uso e o gozo, de uma coisa ("*locatio rei*"); prestar um serviço a outrem ("*locatio operarum*"); realizar uma obra para outrem ("*locatio operis*").

Em Roma era utilizado o trabalho escravo através do *locatio operarum* e do *locatio operis*, que estabeleciam uma sujeição pessoal. Atualmente, o trabalho escravo não é mais utilizado e o Direito do Trabalho trata das relações jurídicas trabalhistas existentes, extinguindo a locação de mão de obra existente no Direito Romano, sendo possível apenas a locação de coisas.

As empresas não deveriam transformar o trabalho humano em uma mercadoria. Essa proibição já constava no Enunciado 256 do TST. Nenhum homem é um instrumento para um objetivo, pois o homem é um fim em si mesmo.

A Administração também pode contratar trabalhadores temporários. Na lição de Sérgio Pinto Martins:

A Administração Pública também pode contratar serviços temporários, na forma da Lei n° 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que regula a contratação temporária de servidores pela Administração Pública Federal, conforme o inciso IX do art. 37 da Constituição. A referida lei permite o ingresso de pessoas, nos quadros funcionais da Administração Pública, sem o requisito do concurso público, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, em casos de calamidade pública, combate a surtos endêmicos, recenseamentos; admissão de professor substituto e professor visitante; admissão de professor e pesquisador visitantes estrangeiros; atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou encargos temporários e serviços de Engenharia (arts. 1° e 2°).¹⁹

A desburocratização deve aumentar a operacionalidade e reduzir os custos nas atividades econômicas do Estado.

A empresa contratada para prestar o trabalho terceirizado deve ser especializada nas tarefas executivas contratadas.

Os Tribunais de Contas são responsáveis pelo controle externo da Administração pública e já decidiu diversas vezes como irregular a contratação de empresas para a prestação de serviços quando as tarefas a serem desenvolvidas já fazem parte dos cargos permanentes.

O Tribunal de Contas da União entende que existem subterfúgios na legislação vigente em alguns casos, como na Lei n° 5.645/70. Devido aos casos de corrupção denunciados ao Tribunal de Contas da União, esta criou um cronograma de concursos para reduzir o número de trabalhadores terceirizados.

Só é possível terceirizar tarefas para cargos isolados e em extinção, ou no caso de aumento substancial de caráter temporário. Uma das exigências da Lei n° 8.666/93 é o projeto básico dos serviços a serem licitados para permitir a identificação do que foi pretendido pelo órgão licitante.

¹⁹ Martins, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. Ed. Ver. e ampl. São Paulo: Atlas: 2001.

4.4 Licitação

A Lei nº 8.666/93 trata das Licitações e Contratos Administrativos. Existe, também, lei específica para a modalidade pregão, qual seja, a Lei nº 10.520/2002.

Para que possa haver a contratação de serviços terceirizados deve haver o processo de licitação, previsto no artigo 37, XXI da Constituição da República:

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.

A licitação tem *status* de princípio constitucional. A licitação é obrigatória inclusive para as entidades da Administração indireta.

O artigo 3º da Lei nº 8.666/93 estabelece um rol de princípios que vinculam a Administração Pública e os licitantes, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A licitação busca a proposta mais vantajosa para a administração e, no caso de contratação de trabalhadores terceirizados, essa proposta pode causar prejuízos. Uma proposta com valor menor pode significar que a empresa contratada paga um salário menor a seus trabalhadores.

A empresa habilitada deve demonstrar que tem capacidade financeira para vencer a licitação, de acordo com o art. 31 da Lei nº 8.666/93.

O processo de licitação tem suas normas gerais na Lei nº 8.666/93, aplicável aos órgãos da administração pública direta e às entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O artigo 2º desta lei deixa clara a exigência e abrangência da licitação:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Deve ser nomeada Comissão para realizar a licitação deve ser integrada por agentes públicos devidamente designados para isso. A comissão deve receber e examinar os documentos e julgar os procedimentos cadastrais dos licitantes. Os membros das comissões são responsáveis solidários pelos atos praticados, nos termos do §3º do artigo 51 da Lei nº 8.666/93.

O agente público que celebrar contratos de terceirização ilícita será responsabilizado civil, penal e administrativamente, sujeitando-se às sanções previstas na Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa e nos termos do §2º do artigo 37 da Constituição da República.

A licitação deve ocorrer no âmbito do órgão ou entidade que necessite da licitação. Na fase interna da licitação são estabelecidos o objeto, valor, recurso para contratação, modalidade licitatória, etc. Na fase externa da licitação ocorre a habilitação, classificação, julgamento e a homologação.

Concluído o processo de licitação deve ser feito o contrato nos termos dos artigos 54 a 80 da Lei nº 8.666/93. A Administração deve fiscalizar tais contratos para verificar se a contratada está adimplindo com o contratado.

A licitação deve ser pública, sendo que suas propostas devem ser sigilosas até o momento da abertura da licitação.

Pode haver a dispensa e a inexigência da licitação somente nos casos mencionados no artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Nos casos de dispensa há possibilidade de licitação, porém a administração pode discricionariamente a dispensar. É inexigível a licitação quando a disputa é inviável.

5 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16 DO DISTRITO FEDERAL

Apesar do que estabelecia a lei nº 8.666/1993, chegavam a Justiça do Trabalho inúmeros casos de inadimplência por parte das empresas contratadas, tanto pela iniciativa privada, quanto pela Administração Pública, para prestar trabalhos terceirizados sendo formada jurisprudência no sentido de responsabilizar os contratantes, fossem elas pertencentes à Administração Pública ou empresas privadas, de forma subsidiária.

O Órgão Especial do TST nunca declarou a inconstitucionalidade regulada pelos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil de 1973 (artigos 948 a 950 do Novo Código de Processo Civil), porém, sempre que condenou algum ente da Administração Pública ao pagamento das verbas trabalhistas, tratou como inconstitucional de forma implícita a norma do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

Com isso foram ajuizadas pelos entes públicos diversas reclamações constitucionais alegando a violação da cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição e na Súmula Vinculante nº 10.

Luís Roberto Barroso explica o princípio de reserva de plenário:

Por força do princípio da *reserva do plenário*, a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, onde exista. Essa norma, instituída pela primeira vez com a Constituição de 1934, e reproduzida nas subsequentes, aplicava-se, por força de sua origem, apenas ao controle incidental e difuso. Com a criação do controle por via principal e concentrado, estendeu-se também a ele, não havendo qualquer distinção na norma materializada no art. 97 da Carta em vigor. A reserva de plenário espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que para ser infirmado exige um *quórum* qualificado no tribunal.

(...)

E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou órgão especial, por maioria absoluta. A despeito da linearidade do raciocínio, são comuns as hipóteses de descumprimento o art. 19 por parte dos Tribunais, o que levou o STF a editar a Súmula Vinculante n. 10²⁰

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

A Súmula Vinculante nº 10 foi editada justamente porque os órgãos fracionários não declaravam a inconstitucionalidade de certos dispositivos de lei. Essas normas simplesmente deixavam de ser aplicadas.

São exemplos das reclamações acima mencionadas:

“Decisão: 1. Trata-se de agravo regimental contra decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto, negando seguimento à reclamação, sob o seguinte fundamento, no que importa: Feito esse aligeirado relato da causa, passo à decisão. Fazendo-o, pontuo, de saída, não merecer seguimento a presente reclamação. É que, como demonstrou o reclamado (fls. 155/156), o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já havia, em 18 de fevereiro de 2008, apreciado a mesma questão, estatuinto que não [poderia] prevalecer o que consta da lei número 4.057/2002, porque vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias, para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público (inciso XIII do mesmo artigo 37 da Constituição da República. Não houve, portanto, nenhuma violação à reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal). Aplicável ao caso o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil (...) Alega o agravante, em síntese, que o precedente do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não diria respeito à inconstitucionalidade formal da Lei estadual 4.057/2002, taxativamente declarada pela decisão ora reclamada sem observância do art. 97 da Constituição da República. A Procuradoria-Geral da República opina pela procedência da reclamação. 2. Tem razão o agravante, porquanto há declaração de inconstitucionalidade sem observância da Súmula Vinculante 10. O acórdão reclamado versa sobre ação cujo objeto é o reconhecimento de direito de servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro à percepção de vencimentos sem cortes ou deduções a título de ‘excedente teto’. O acórdão da 5ª Câmara Cível do TJ/RJ formulou claro juízo de inconstitucionalidade formal da lei estadual, ante a não observância da iniciativa julgada como adequada para propositura do projeto de lei: Acertada, também, a posição da douta magistrada ao considerar inaplicável a Lei Estadual n. 4.057/2002, que equiparou os subsídios do Governador do Estado ao dos Desembargadores, pois tal ato não teve a iniciativa conjunta dos chefes dos Poderes Estaduais como está a exigir a Emenda Constitucional n. 19/1998, ficando, assim, violado o disposto no artigo 37, XIII, da Constituição. Mas o precedente do Órgão Especial do Tribunal de Justiça fluminense versa sobre outro caso, do qual não consta declaração de inconstitucionalidade formal. Na ocasião, o Colegiado do TJ/RJ denegou impetração de outros servidores públicos, que defendiam direito líquido e certo de perceberem como vencimentos os valores constantes da Lei estadual 4.057/2002, diploma que vinculou a remuneração do Governador do Estado à dos Desembargadores do Tribunal de Justiça local. Consta do acórdão do Órgão Especial apenas declaração de inconstitucionalidade material de determinado ponto do diploma normativo, referente à vinculação das remunerações: O teto remuneratório dos servidores do Poder Executivo do Estado é o subsídio do Excelentíssimo Senhor Governador, fixado em R\$ 12.765,00, na conformidade do disposto no inciso XI, do artigo 37 da Emenda Constitucional número 41 de 2003, não podendo prevalecer o que consta da lei número 4.057/2002, porque

vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias, para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público (inciso XIII do mesmo artigo 37 da Constituição da República, com a redação dada pela referida Emenda). 3. Ante o exposto, reconsidero a decisão agravada, para julgar procedente a reclamação, cassando o acórdão reclamado no ponto que declara a inconstitucionalidade formal da Lei estadual 4.057/2002, a fim de que, em novo julgamento, seja observada, se for o caso, a Súmula Vinculante 10/STF. Publique-se. Intime-se. Brasília, 24 de fevereiro de 2014. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente” (STF - Rcl: 7812 RJ, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 24/02/2014, Data de Publicação: DJe-041 DIVULG 26/02/2014 PUBLIC 27/02/2014)²¹

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta pelo Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo, contra acórdão da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que negou provimento ao Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1.625/2005-133-15-40.3. Alega o reclamante que a decisão desrespeitou o quanto decidido por esta Corte na Súmula Vinculante 10, pois a decisão que negou provimento ao AIRR não teria pronunciado a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Afirmo que “(...) na medida em que o Tribunal Superior do Trabalho afastou a aplicabilidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, mediante a invocação do enunciado sumular 331, IV, do TST, sem a arguição de inconstitucionalidade e a observância do art. 97 da Constituição Federal, afrontou a autoridade da súmula vinculante n. 10 do STF”. Aduz presentes os requisitos ensejadores da concessão da medida liminar. A fumaça do bom direito evidenciava-se “porquanto a súmula vinculante n. 10 do STF e o artigo 97 da Constituição Federal conferem ampla guarida à pretensão do requerente”. Já o perigo da demora estaria caracterizado na medida em que a decisão reclamada permitiria que as sociedades empresárias se eximam dos débitos trabalhistas perante os seus empregados, o que importaria em dilapidação de seus patrimônios com outras dívidas, além de impedir a participação em certames licitatórios em manifesta concorrência desleal”. Pugna pela concessão da medida liminar para suspender a decisão proferida pela 5ª Turma do TST e, no mérito, pela sua cassação definitiva com a procedência da medida liminar. É o relatório. Passo a decidir. Em uma análise perfunctória dos autos, constato que a reclamante insurge-se contra decisão que a condenou, subsidiariamente, ao pagamento de crédito trabalhista devido, porquanto o art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 desobrigaria o órgão da Administração dessa responsabilidade. Ressalto que o constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, promoveu significativa reforma nos dispositivos atinentes ao Poder Judiciário. Com efeito, inseriu no âmbito de competência deste Supremo Tribunal Federal a súmula vinculante, valioso instrumento de racionalização processual. Introduziu, também, o art. 103-A, § 3º, que estabelece o cabimento de reclamação constitucional contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável. Verifico que, no presente caso, essa situação, em princípio, está configurada, uma vez que o acórdão reclamado não se mostra compatível com a Súmula Vinculante 10, *in verbis*: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionado de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação: 7812 RJ**, Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 24/02/2014, Data de Publicação: DJe-041 DIVULGADO em 26/02/2014 PUBLICADO em 27/02/2014.

lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Desse modo, presentes os requisitos da aparência do bom direito e do perigo da demora, merece prosperar o pedido liminar. Isso posto, defiro o pedido de medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pela 5ª Turma do TST nos autos do AIRR 1.625/2005-133-15-40.3 Requistem-se informações. Imediatamente após, ouça-se a Procuradoria-Geral da República. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 7 de novembro de 2008. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator – 1” (STF - Rcl: 6970 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 07/11/2008, Data de Publicação: DJe-215 DIVULG 12/11/2008 PUBLIC 13/11/2008)²²

Após o julgamento das reclamações e com a cassação das condenações, o processo retornava à primeira instância para novo julgamento.

Em 2009, o Procurador Federal Dr. Aloizio Apoliano Cardozo Filho assinou a Nota Técnica nº 229/AACF/PGF/AGU/2009 defendendo a não aplicação da Súmula 331, IV do TST. Foram propostas medidas para evitar que a súmula precise ser utilizada.

Uma das propostas é a atuação das Procuradorias Federais junto às fundações públicas e entidades autárquicas, para uma melhor fiscalização dos contratos de terceirização.

Há inúmeras causas na Justiça do Trabalho relativas à responsabilidade da Administração Pública quanto aos créditos trabalhistas devidos pela empresa contratada. Os entes públicos demandados judicialmente se defendem utilizando o §1º do artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, já anteriormente mencionado.

Interessante notar que antes da Ação Declaratória de Constitucionalidade, o Recurso Extraordinário nº 580.049-3, também do Distrito Federal, chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do controle difuso e teve seu seguimento negado porque, a princípio, alegado desrespeito ao princípio da legalidade, ainda que se trate de matéria trabalhista, configura apenas ofensa reflexa à Constituição da República Federativa do Brasil.

No que tange, à Ação Declaratória de Constitucionalidade:

(...) Sua criação se deveu à constatação de que, sem embargo da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos normativos do Poder Público, essa questão se torna controvertida em uma variedade de situações. Previu-se, assim, um mecanismo pelo qual se postula ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação: 6970 SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 07/11/2008, Data de Publicação: DJe-215 DIVULGADO em 12/11/2008, PUBLICADO em 13/11/2008.

infraconstitucional e a Constituição, em hipóteses nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes. Trata-se de uma ratificação da presunção.

A finalidade da medida é muito clara: afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria. É certo que todos os operadores jurídicos lidam, ordinariamente, com a circunstância de que textos normativos se sujeitam a interpretações diversas e constantes. Por vezes, até câmaras ou turmas de um mesmo tribunal firmam linhas jurisprudenciais divergentes. Porém, em determinadas situações, pelo número de pessoas envolvidas ou pela sensibilidade social ou política da matéria, impõe-se, em nome da segurança jurídica, da isonomia ou de outras razões de interesse público primário, a pronta pacificação da controvérsia.²³

Eis a ementa da referida Ação Declaratória de Constitucionalidade:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.²⁴

A antiga redação da Súmula 331 do TST, no seu inciso IV negava a vigência da norma anteriormente citada:

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.

Apesar de não ter declarado a inconstitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, o TRT julgava a matéria com base no §6º do artigo 37 da Constituição Federal, que

²³ BARROSO. Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

trata da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos. Não havia distinção entre a responsabilidade civil e trabalhista.

Seguindo essa orientação, a administração deveria responder pelo inadimplemento pois haveria culpa *in eligendo* na escolha da empresa prestadora de serviços terceirizados e culpa *in vigilando* pela falta de fiscalização das verbas trabalhistas devidas ao empregado.

Visando afastar controvérsias relativas à aplicação ou não do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, o então Governador do Distrito Federal ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, pela declaração de constitucionalidade do referido parágrafo.

A petição inicial aduzia que o STF deveria reestabelecer a força normativa do dispositivo legal, determinando a abstenção de entendimento conflitante com o resultado do julgamento da referida Ação.

Argumentava na inicial que a norma legal objetivava resguardar a Administração Pública, que após ter tomado todas as cautelas necessárias e previstas em lei relativas à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e jurídica da empresa a ser contratada, não podia ser responsabilizada pelo dano que não produziu e tentou evitar por meio da fiscalização da execução do contrato.

Afirmava, ainda, que se prevalecesse o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, haveria violação dos princípios da legalidade, liberdade, da liberdade, da ampla acessibilidade nas licitações, da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo e da separação dos poderes. O ônus seria transferido de forma desproporcional ao Estado, sendo suportado por toda a sociedade.

Por considerar a questão complexa, o Ministro Cezar Peluso negou o pedido de liminar que pedia que fossem suspensos todos os processos que envolvessem o inciso IV, da Súmula 331 do TST até o julgamento daquela ação e que fosse suspenso com efeito *ex tunc* os efeitos de quaisquer decisões proferidas a qualquer título.

Segundo o Ministro Cezar Peluso: “(...) a negativa de liminar em Ação Declaratória de Constitucionalidade equivale, na prática, a uma decisão liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade.”²⁵

Diversos Municípios, Estados, e até mesmo a União ingressaram como *amicus curiae*.

A presidência do TST instada a se manifestar, informou que nunca declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93, mas conferiu a esse dispositivo interpretação congruente com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido, nos seguintes termos: “Não foi trazido aos autos qualquer indício de que o §1º, do art. 71 da Lei nº 8.666/93, tenha tido sua constitucionalidade verdadeiramente contestada.”²⁶

Analisando os votos dos Ministros, tem-se que o Relator, Ministro Cezar Peluso inicialmente votou pela carência de ação por falta de interesse de agir do autor, de acordo com o artigo 14, III, da Lei Federal nº 9.868/99. O Ministro afirmou que o autor não comprovou na petição inicial a existência de relevante controvérsia judicial, apresentando somente três decisões que não versavam sobre a inconstitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Havendo regular contratação, por via de licitação, e cumprimento dos termos dos contratos administrativos, não há como reconhecer a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, ou até mesmo a responsabilidade objetiva, do ente municipal tomador dos serviços sobre os créditos trabalhistas de suas contratadas.” (TRT da 12ª Região, Ac.-2ªT-Nº07482/2006 RO-V 02282-2005-049-12-00-3)²⁷

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – INEXISTÊNCIA – Inexiste responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços pelos débitos trabalhistas da prestadora, sem prova de insolvência desta. Recuso

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

²⁷ TRT da 12ª Região, Ac.-2ªT-Nº07482/2006 RO-V 02282-2005-049-12-00-3. *In*: Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

conhecido, mas não provido.” (TRT da 7ª Região, Ac. 00309/2002-003-07-0)²⁸

“TOMADOR DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INEXISTÊNCIA. Uma vez que não há previsão legal, os débitos trabalhistas não podem ser atribuídos ao integrante da Administração Pública.” (TRT da 7ª Região, Ac. 01056/2003-007-07-00-9)²⁹

Para o Ministro Cezar Peluso, o Tribunal Superior do Trabalho não declarou a inconstitucionalidade dessa norma, nem na Súmula 331, nem no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR- 297.751/96, que possui a seguinte ementa, *in verbis*:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA-ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST- RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro das regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como que de o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto evidenciação omissiva ou comissiva geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, §6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos ao terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da

²⁸ TRT da 7ª Região, Ac. 00309/2002-003-07-0. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

²⁹ TRT da 7ª Região, Ac. 01056/2003-007-07-00-9. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.³⁰

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, afirmou que por haver uma multiplicação dos conflitos de interesses relativos ao tema da Ação Declaratória de Constitucionalidade a demonstração da controvérsia deveria ser encarada de forma relativa. Afirmou que existe uma declaração branca de inconstitucionalidade deste artigo e um conflito aparente entre a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Relativamente à Súmula 331, afirmou que se a jurisprudência fosse pacífica sobre o tema, esse não haveria sido editado. Por fim, votou pela admissão da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A Ministra Carmem Lúcia afirmou ser o §1º o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 passível de controle por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade. A Ministra citou as várias reclamações feitas ao STF ao longo dos anos sob o argumento de que a aplicação do item IV da Súmula 331 do TST desrespeitaria a Súmula Vinculante nº 10, *in verbis*:

“Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte.”

No mérito, a Ministra votou pela constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 e afirmou que a Lei de Licitações fixou os limites da responsabilidade estatal na relação contratual firmada. Relativamente à responsabilidade do Estado, pode-se citar texto escrito pela Ministra:

Não se há de cogitar de Estado Democrático de Direito sem que compareça no sistema jurídico – em sua formalização em sua aplicação – o princípio da responsabilidade estatal. Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado, vez que pela sua aplicação se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade em sua convivência com o Estado e, principalmente, a medida de efetividade do

³⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

princípio da juridicidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito.

A importância do princípio da responsabilidade acentuou-se com o aviltamento da atuação do Estado, que quanto mais se espraiava em sua presença na sociedade, tanto mais se arriscava a adentrar espaços dos particulares, vulneráveis juridicamente, causando-lhes danos patrimonialmente mensuráveis. (Princípios Constitucionais da Administração Pública)³¹

Para que exista a responsabilidade do Estado é necessário que o dano causado a terceiro tenha sido causado por ato omissivo ou comissivo de agente público, o que não ocorre no caso em questão, pois a empresa contratada não é preposta da Administração Pública. A impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas não contraria, assim, a responsabilidade estatal.

Ademais, a Administração Pública deve exigir o cumprimento das contratações de habilitação estabelecidas em lei e fiscalizar a execução dos contratos.

O artigo 173 da Constituição da República enfatiza em seu inciso III que as sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas devem observar os princípios na licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações.

Além disso, deve ser observado que, de acordo com o §3º do artigo 195 da Constituição Federal:

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

No mesmo sentido está o artigo 29, IV da Lei nº 8.666/93 com a redação dada pela Lei nº 8.883/94:

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no

³¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. (Princípios constitucionais da administração pública). Belo Horizonte: Del Rey, 1994. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Tudo isso demonstra que a Administração Pública deve ser cautelosa relativamente a quem contrata, exigindo do contratado idoneidade econômico-financeira para fiel execução de todo o contrato.

A Administração Pública, de acordo com o artigo 37, §6º da Constituição Federal, tem responsabilidade objetiva, sob modalidade de risco administrativo, devendo indenizar os danos causados direta ou indiretamente a terceiros.

Se a Administração cumpriu com as obrigações previstas no contrato e a empresa contratada deixou de cumprir a parte dela, além de ver prejudicada a execução do contrato, ainda seria responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas da empresa contratada.

É trazida na Ação Declaratória de Constitucionalidade o argumento utilizado pela Procuradoria do Município de São Paulo:

(...) a empresa, tendo sido devidamente remunerada pela Administração Pública, não pode alegar não ter patrimônio para saldar suas dívidas em razão de prejuízos derivados do risco de sua atividade econômica (...). Se a empresa alegar não ter bens suficientes para satisfazer a execução, haverá fundamentos suficientes para que seja realizada a desconsideração da personalidade jurídica.³²

O Tribunal Superior do Trabalho deixa de aplicar o §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 baseando a sua jurisprudência no citado §6º do artigo 37 da Constituição e no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece a solidariedade em casos semelhantes. Ao fazer isso o Tribunal Superior do Trabalho incide na Súmula Vinculante nº 10.

A Súmula vinculante nº 10 trata do princípio constitucional da reserva de plenário. O artigo 97 da Constituição Federal estabelece que:

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

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

Com a Súmula Vinculante nº 10, ficou estipulado que um órgão fracionário não pode impedir a incidência, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo. Essa cláusula de reserva de plenário não impede que os juízos singulares declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso, bem como não se aplica às turmas recursais dos juizados especiais, pois turma recursal não é tribunal.

O Ministro Cezar Peluso afirmou que a Justiça do Trabalho reconhece a ação da Administração Pública como culposa no que tange à fiscalização do contrato. A responsabilidade da Administração é reconhecida devido aos fatos da causa e de acordo com princípios constitucionais.

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o Ministro Cezar Peluso antes da mudança de voto dele. Afirmou que a matéria em questão é infraconstitucional e que deve ser analisada à luz do caso concreto se existe ou não culpa:

Na verdade, eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não, e cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. São empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e essas firmas, depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre, no caso? Está claramente configurada a *culpa in vigilando* e *in eligendo* da Administração. Aí, segundo o TST, incide, ou se afasta, digamos assim, esse artigo 71, §1º, da Lei 8.666. Portanto, eu sempre decidi na mesma linha do Ministro Cezar Peluso, no sentido de não conhecer, de considerar a matéria inconstitucional, mas se o Plenário entender que, dada a importância, o impacto da questão com relação à Administração, então talvez convenha que nós ultrapássemos essa questão do conhecimento e adentremos no âmago do tema.³³

Considerar a Administração Pública responsável pela inadimplência do débito trabalhista, faz com que ela pague duas vezes pelo mesmo serviço: uma vez à empresa

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

contratante e outra ao empregado dessa empresa. Por esse motivo, a Administração só deve ser responsável se não fiscalizar os contratos ou que licitou mal.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou que deveria haver a fiscalização por parte dos Tribunais de Contas sobre os contratos de serviços. Deveria, também, segundo o Ministro, haver normas de procedimento e organização da fiscalização. A Ministra Carmem Lúcia afirmou que a Lei nº 8.666/93 já trata da matéria.

O Ministro Cezar Peluso afirmou que o fato de a Administração Pública não fiscalizar os contratos gera a responsabilidade pelas verbas trabalhistas e não a inconstitucionalidade da norma. O mero inadimplemento não cria a obrigação.

O grande problema é que a Justiça do Trabalho aceitava a responsabilidade da Administração Pública de forma irrestrita, sem definir se houve ou não culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

O Ministro Ayres Brito entendeu pela inconstitucionalidade da norma porque acredita que está diante de uma relação trabalhista.

O Ministro Marco Aurélio afirmou que existe um conflito de normas no espaço. As normas conflitantes são o artigo 37, §6º da Constituição e o artigo 2º, §2º da CLT. O artigo 37, §6º da Constituição trata da responsabilidade extracontratual do Estado por atos ilícitos e o artigo 2º, §2º trata da solidariedade pelos encargos trabalhistas no caso de direção, controle ou administração de uma empresa pela outra. Esses dois artigos não podem ser combinados porque o Estado não tem direção, administração ou controle pela empresa contratada.

A Ministra Carmem Lúcia afirmou que o §6º do artigo 37 da Constituição trata somente da responsabilidade Administrativa extracontratual por atos ilícitos.

Por causa da procedência da ADC nº 16, os Recursos Extraordinários interpostos relativos à matéria passariam a ser aceitos, conforme se verá adiante. Só devem ser admitidos os Recursos Extraordinários em casos de flagrante culpa *in vigilando* ou *in eligendo* da Administração Pública.

O Tribunal julgou a ação procedente com maioria de votos. O Ministro Ayres Brito foi o único a votar pela improcedência da ação e o Ministro Dias Toffoli estava impedido.

6 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para falar de responsabilidade é necessário estabelecer o tipo de responsabilidade existente no caso. A responsabilidade da pessoa de direito público ou privado, no âmbito civil se divide entre contratual e extracontratual.

A responsabilidade contratual, como o nome já diz decorre de uma relação contratual, é o resultado do não cumprimento de uma obrigação.

A responsabilidade extracontratual, decorre de um ato ilícito praticado por pessoa capaz ou incapaz, sem vínculo contratual ou obrigacional. Essa responsabilidade se origina do descumprimento da lei, mesmo que não haja relação jurídica entre as partes.

A responsabilidade também pode ser dividida entre objetiva que decorre do dano e do nexo de causalidade, formando a teoria do risco. A teoria do risco afirma que basta o exercício da atividade danosa, para que surja o dever de indenizar.

Por outro lado, a responsabilidade subjetiva gira em torno da ideia de culpa, sendo a prova desta necessária para a responsabilização do agente.

Quanto aos entes públicos a responsabilidade pode ser objetiva, baseada nas ações de seus agentes, quanto subjetiva, baseado nas omissões desses.

Ainda tratando do tema responsabilidade, o Código Civil conceitua responsabilidade solidária e subsidiária, *in verbis*:

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.

Art. 942 – Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Na responsabilidade solidária poderá o credor exigir o cumprimento da obrigação, no caso de vários devedores, de qualquer um deles a obrigação total ou parcial, cabendo a aquele que cumprir a obrigação o direito de regresso contra o devedor ou devedores solidários.

A responsabilidade solidária não pode ser presumida, devendo resultar da lei ou da vontade das partes.

Na responsabilidade subsidiária uma pessoa tem a dívida originária e outra tem a responsabilidade pelo pagamento dessa dívida, caso a primeira não a cumpra.

6.1 Culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*

O problema da responsabilidade da Administração Pública começa se ocorrer o inadimplemento dos créditos trabalhistas pelas empresas contratadas. Inadimplência é a situação do contratado que deixa de cumprir aquilo a que se obrigou. Da execução do contrato resultam inúmeros encargos que correm à conta da empresa contratada.

Entre as responsabilidades da empresa contratada está o pagamento dos encargos previstos no caput do artigo 71 da Lei n° 8.666/93:

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

O §1° desse artigo estabelecia, em sua redação original que:

§ 1° A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Com a nova redação do §1° do artigo 71 da Lei n° 8.666 dada pela Lei n° 9.032/1995, que dispõe sobre o valor do salário mínimo, o dispositivo estabelece que:

§ 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.

Os encargos trabalhistas são intransferíveis e devem ser pagos pela empresa, salvo se for comprovado que a Administração Pública agiu com culpa *in eligendo* e *in vigilando* na contratação. A Administração Pública, em regra, não responde pela inadimplência da empresa, pois o contratado não é preposto do poder público.

A culpa *in eligendo* decorre da má escolha da empresa que presta serviços terceirizados. Essa culpa só pode ser imputada à Administração se esta descumprir o estabelecido no artigo 27 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista na fase de habilitação jurídica da terceirização é necessário:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.

O TCU já julgou ilegal a estipulação em processos licitatórios de exigências não previstas na lei:

ACÓRDÃO 697 DO TCU EMENTA. REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO. ANULAÇÃO DE OFÍCIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. (...) 7. Não há amparo legal para se exigir dos licitantes a apresentação da certidão negativa de débito salarial e certidão negativa de infrações trabalhistas.³⁴

Somente no caso de licitação fraudulenta ou irregular pode ocorrer a culpa *in eligendo*, pois em qualquer licitação os requisitos previstos serão cumpridos. A culpa *in eligendo* sempre deve ser comprovada casualmente.

A culpa *in vigilando*, por sua vez, ocorre quando a Administração pratica uma conduta omissiva, que consiste em não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços. Também é necessária a comprovação da culpa por parte do ente público.

O dever de fiscalizar consta nos artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93:

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

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

(...)

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 697**. Plenário. Julgado em 10/05/2006.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Os casos de culpa *in eligendo* e *in vigilando* são casos de responsabilidade subjetiva, sendo necessária a demonstração de culpa no caso concreto.

O parágrafo único do art. 31 da IN nº 2/08 estabelece que a fiscalização contratual dos serviços continuados pelo ente público contratante deverá seguir o disposto no anexo IV da referida Instrução Normativa, o que institui o “Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização”, que esquematiza e detalha a fiscalização do cumprimento desses direitos trabalhistas em quatro momentos distintos:

a) a fiscalização inicial (momento em que a terceirização é iniciada), quando deve ser elaborada uma planilha com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços ao ente público contratante, com a conferência de todas as anotações em suas CTPSs e a verificação dos valores dos salários a eles pagos, para que não sejam inferiores aos previstos no contrato administrativo e nas normas coletivas de trabalho a eles aplicáveis, bem como da existência de obrigações trabalhistas adicionais, estabelecidas em normas coletivas de trabalho, e de condições de trabalho insalubres ou perigosas;

b) a fiscalização mensal (feita antes do pagamento da fatura), que implica a elaboração de uma planilha mensal, com indicação de todos os empregados terceirizados, a função exercida, os dias efetivamente trabalhados e eventuais horas extras prestadas, férias, licenças, faltas e ocorrências, na exigência de que a empresa contratada apresente cópias das folhas de ponto dos empregados, por ponto eletrônico ou por meio que não seja padronizado (nos termos da Súmula nº 338 do TST), devendo haver glosa da fatura, em caso de faltas ou de horas trabalhadas a menor; na mesma ocasião mensal, deverá ser exigida a apresentação, pelo contratado, dos comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e, se houver, auxílio-alimentação dos empregados, efetuando-se a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores terceirizados, caso tenha havido prévia autorização da empresa contratada, nos termos do edital e do contrato administrativo, ou exigindo-se, alternativamente, a comprovação do recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais;

c) a fiscalização diária, por meio da conferência, dia a dia, de quais empregados terceirizados estão prestando serviços, em quais funções e se esses estão cumprindo rigorosamente a jornada de trabalho, prevendo-se uma rotina para autorização de realização de horas extras por terceirizados;

d) a fiscalização especial, que implica a análise da data-base da categoria dos empregados terceirizados, prevista na norma coletiva de trabalho a eles aplicável, para verificar o dia e o percentual nela previstos, bem como no controle das férias e licenças desses empregados e de suas eventuais estabilidades provisórias.³⁵

A Instrução Normativa nº 02/08, nos artigos 34, §4º e 34-A impõe a rescisão unilateral do contrato pelo descumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada:

Art. 34.....

§ 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

(...)

Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação.

³⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.** Revista TST, Brasília, vol. 77, no 2, abr/jun 2011.

7 SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO APÓS A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16

Enquanto a Ação Declaratória de Constitucionalidade aguardava julgamento, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula 331, restringindo seus efeitos apenas aos contratos de prestação de serviço e de realização de obras. Na época, a Súmula recebeu a seguinte redação:

IV – 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 n.º 8.666/93).

O julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 declarou a inconstitucionalidade do item IV da Súmula 331. Essa declaração foi feita de forma implícita, ocasionando a alteração da redação do item IV e a adição dos itens V e VI, limitando os casos de responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas:

331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador 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 evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

A Súmula 331 do TST se harmoniza com os princípios do direito do trabalho e da teoria da responsabilidade do Estado. Se a Administração Pública se omitiu ao fiscalizar as obrigações contratuais de sua contratada, terá culpa *in vigilando*, devendo responder pelas consequências que advenham do inadimplemento do pagamento das verbas trabalhistas.

Como estabelecido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, a Administração Pública deve comprovar que não agiu com culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*:

Pois bem, a fim de impor mais barreiras e proteger a Administração foi editada a Lei n. 12.440/11, que alterou o art. 27, IV, da Lei n. 8.666/93. A partir dessa lei, foi determinado que, para a habilitação em um processo licitatório, os interessados deverão comprovar a regularidade fiscal e trabalhista, através da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, que poderá ser expedida de forma gratuita (art. 642-A da CLT).³⁶

Note-se que, após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, as reclamações têm tido seu segmento negado, quando comprovada a culpa da Administração Pública, como no caso a seguir, em que Município não realizou licitação:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. PODER PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1. Decisão reclamada que afirma a responsabilidade subsidiária da Administração por débitos trabalhistas de suas contratadas, quando reconhecida a omissão da contratante na fiscalização da execução do contrato (culpa *in eligendo* ou *in vigilando*). 2. Inexistência de violação à autoridade da decisão proferida na ADC 16 ou à Súmula Vinculante 10. 3. Em reclamação, é inviável reexaminar o material

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

fático-probatório dos autos, a fim de rever a caracterização da omissão do Poder Público. 4. Negado seguimento. (STF - Rcl: 17860 ES, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 28/08/2014, Data de Publicação: DJe-170 DIVULG 02/09/2014 PUBLIC 03/09/2014)³⁷

Não houve sequer a aplicação do §1º do artigo 71 da lei nº 8.666/93, pela ausência de licitação. Nesse caso, devido à falta da Administração Pública, houve a incidência dos artigos 186 e 927 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

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

Importante ressaltar que há decisões no sentido de reconhecer ou de negar a responsabilidade da Administração Pública. São exemplos decisões que reconhecem a responsabilidade da Administração Pública:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – SÚMULA N. 331, IV, DO COLENDO TST. ALCANCE. Princípio básico de direito é o dever da contraprestação dos serviços. No caso do tomador de serviços, este é mitigado em face da existência de uma empresa prestadora, a qual responde diretamente por eventual descumprimento dos direitos laborais. Tal atenuação atribuída ao tomador de serviços, que responde somente de forma subsidiária, não pode ser levada ao extremismo de se afastar qualquer responsabilização, em atitude que viria a fraudar e lesar os direitos dos trabalhadores, que não podem, como parte hipossuficiente, responder pela eventual apuração de quem seria a responsabilidade pelos débitos contraídos, deslocando-se-lhes os riscos do empreendimento. Ainda que o tomador de serviço pertença à Administração Pública, a responsabilidade subsiste, conforme a jurisprudência do TST, consagrada no inciso IV da Súmula n. 331. A responsabilidade subsidiária aplicada não ofende a norma disposta no art. 71 da Lei n. 8.666/93, nem os princípios da boa-fé objetiva e da legalidade esculpido nos arts. 5º, II, e da 37, da Constituição da República, já que o contrato de prestação de serviços não pode dar fundamento à frustração dos direitos trabalhistas, a teor dos arts. 9º e 455 da CLT. Referida norma tem como alvo o contrato administrativo, restringindo sua eficácia aos contratantes, não alcançando o

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 17860 ES**. Relator: Min. BARROSO, Roberto. Data de Julgamento: 28/08/2014, Data de Publicação: DJe-170 Divulgado em 02/09/2014 Publicado em 03/09/2014.

trabalhador, terceiro na relação jurídica, que não pode reaver a sua força de trabalho. Ademais, esse dispositivo legal somente exime o ente público da responsabilidade trabalhista direta, mas não da responsabilidade subsidiária a que alude a Súmula n. 331, item IV, do TST, notadamente quando verificada a *culpa in vigilando*, como nos casos dos autos. (0001675-37.2011.5.03.0023)³⁸

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO - CABIMENTO - "CULPA IN ELIGENDO" E "CULPA IN VIGILANDO" - Constatada a violação do dever fiscalizatório pela Administração Pública em relação às obrigações da empresa contratada para com o trabalhador que lhe prestou serviços, fica mantida a responsabilidade subsidiária que lhe foi imputada, fundada na "culpa *in eligendo*" e "*in vigilando*". Nesse sentido, é a nova redação da Súmula 331, item V, do c. TST.³⁹

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO LÍCITO DE TERCEIRIZAÇÃO – O Tribunal Superior do Trabalho já consolidou o entendimento de que o tomador de serviços, na situação de terceirização lícita, responde subsidiariamente pela satisfação dos direitos trabalhistas devidos por empresa locadora de mão de obra a seus empregados (Súmula n. 331). É que, como beneficiária da prestação de serviços do reclamante, a tomadora há de garantir a idoneidade da empresa que lhe disponibiliza a mão de obra do trabalhador. Recurso ordinário improvido que a análise do julgado, tem-se que o Tribunal, não obstante asseverar que, diante da incapacidade processual existente, dever-se-ia declarar a nulidade do feito, desde a morte do executado, negou provimento ao apelo do agravante, sob o fundamento de inexistência de prejuízo apto a ensejar a nulidade dos atos praticados. (0000084-16.2011.5.06.0004)⁴⁰

E, em sentido contrário, decisão que nega a responsabilidade da Administração Pública:

EMENTA: ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - O recorrente, pessoa jurídica de direito público, deve observar os princípios que regem a Administração Pública, disciplinados no artigo 37 da Constituição Federal, dentre eles o que veda a investidura em cargo ou emprego público sem concurso prévio, bem como o da legalidade, que determina a atuação do ente administrativo pautada nas disposições normativas, sob pena de invalidade do ato. Dessa forma, ao celebrar contrato com empresa prestadora de serviços, para fornecimento de mão-de-obra, deve ficar adstrito às normas legais que disciplinam os contratos administrativos, qual seja, a Lei nº. 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, cujo artigo 71, § 1º. O referido

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 01007-2010-109-03-00-8**. Relatora Juíza ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI. DJ/MG, 21.11.2011

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. **Processo nº 0000708-14.2011.5.03.0145**. 6ª Turma. Julgado em 29/11/2011.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 6ª Região. – **Recurso Ordinário: 84162011506 PE 0000084-16.2011.5.06.0004**. Relator: Bartolomeu Alves Bezerra, Data de Publicação: 13/12/2011.

dispositivo é expresso no sentido de excluir a responsabilidade do Poder Público pelo inadimplemento das verbas trabalhistas devidas. Sendo o contrato administrativo válido e regular, não cabe nenhuma obrigação ao tomador do serviço, posto que o vínculo empregatício dá -se entre o trabalhador e a empresa contratada, não havendo subordinação direta daquele com a Administração Pública. Providos a remessa necessária e o recurso voluntário para julgar improcedente a reclamação em relação ao ESTADO DE PERNAMBUCO. (Proc. TRT6 (RO) 0000101-34.2011.5.06.0010, Relator Desembargador Ivan de Souza Valença Alves, acórdão publicado no DJU no dia 23/01/2012.)⁴¹

O Tribunal Superior do Trabalho continua reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos casos de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 6ª Região. **Recurso Ordinário 0000101-34.2011.5.06.0010**. Relator Desembargador Ivan de Souza Valença Alves, acórdão publicado no DJU no dia 23/01/2012.

8 TEMA 246 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF incluiu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas, no caso de inadimplemento de empresa prestadora de serviço, no tema nº 246 de sua tabela de repercussão geral.

Luís Roberto Barroso trata da repercussão geral no livro *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* da seguinte forma:

Trata-se, portanto, de requisito a ser aferido em preliminar a todo e qualquer recurso extraordinário, como pressuposto para que o Tribunal possa adentrar o mérito da discussão. O caráter geral da exigência foi reiterado pelo STF, que decidiu pela necessidade de que se demonstre a existência de repercussão geral mesmo nos recursos extraordinários referentes à matéria criminal. Ao contrário do que ocorre em relação aos demais requisitos de admissibilidade, o juízo acerca da existência de repercussão geral é atribuído com exclusividade ao STF, não se admitindo avaliação prévia pelo órgão *a quo*.⁴²

O Recurso Extraordinário-RE 760.931 é o *leading case* do tema 246 da tabela de repercussão geral do STF. A União impetrou esse Recurso Extraordinário, por intermédio da Advocacia Geral da União.

A Justiça do Trabalho condenou a União ao pagamento dos créditos trabalhistas e às multas inadimplidas pela empresa contratada. A União interpôs agravo de instrumento em recuso de revista, o que foi negado pelo TST.

O TST fundamentou sua decisão na culpa *in vigilando*, em função do inadimplemento da empresa terceirizada junto à reclamante, não havendo afronta ao artigo 102, §2º da Constituição. A Repercussão geral se baseou no fato de que uma Súmula, editada por Resolução Administrativa não pode afastar a aplicação de Lei Ordinária, sem que fosse declarada sua inconstitucionalidade. No caso em questão, o §1º do artigo 71 foi declarado constitucional, como visto no tópico relativo à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

O TST utiliza em suas fundamentações o artigo 5º, inciso II o artigo 97 e o artigo 102, §2º da Constituição, combinado com a súmula vinculante 10.

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

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

(...)

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

(...)

Art. 102.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A tese relativa à repercussão geral é a de que todos os entes federativos, assim como suas autarquias e fundações contratam mão de obra terceirizada para realização de atividade-meio frequentemente.

Na petição inicial foi alegada a repercussão geral fundamentada no aspecto econômico. A responsabilidade civil do Estado é limitada. A repercussão geral relativa à incidência dos juros de mora também foi discutida na petição inicial.

A justificativa para o cabimento do Recurso Extraordinário foi baseada na violação de artigos da Constituição da República e do artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93:

Ademais, a hipótese dos autos se amolda perfeitamente ao disposto no artigo 102, inciso III, alíneas “a” e “b”, visto que o acórdão recorrido violou a Carta Magna em diversos pontos, assim como declarou a

inconstitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, bem como do art. 1º-F, da Lei 9.494/97.⁴³

Sobre possível exaurimento de instância, a AGU invocou a Súmula 253 do TST:

Súmula nº 353. EMBARGOS. AGRAVO. CABIMENTO (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016

Não cabem embargos para a Seção de Dissídios Individuais de decisão de Turma proferida em agravo, salvo:

- a) da decisão que não conhece de agravo de instrumento ou de agravo pela ausência de pressupostos extrínsecos;
- b) da decisão que nega provimento a agravo contra decisão monocrática do Relator, em que se proclamou a ausência de pressupostos extrínsecos de agravo de instrumento;
- c) para revisão dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista, cuja ausência haja sido declarada originariamente pela Turma no julgamento do agravo;
- d) para impugnar o conhecimento de agravo de instrumento;
- e) para impugnar a imposição de multas previstas nos arts. 1.021, § 4º, do CPC de 2015 ou 1.026, § 2º, do CPC de 2015 (art. 538, parágrafo único, do CPC de 1973, ou art. 557, § 2º, do CPC de 1973).
- f) contra decisão de Turma proferida em agravo em recurso de revista, nos termos do art. 894, II, da CLT.

Passando à análise do mérito, a AGU afirmou que o Tribunal Regional do Trabalho não aplicou o que ficou decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. O Tribunal analisou as provas de forma superficial e condenou o ente público com base no art. 37, §6º da Constituição da República:

É fato incontroverso que o autor, contratado pela primeira reclamada, se ativou efetivamente prestando serviços para a ora recorrente.

Evidente que cuida de terceirização de serviços, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula nº 331, IV, do C.TST, que impõe a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pela primeira reclamada, em relação a seus empregados.

⁴³ Retirado do Recurso Extraordinário-RE 760.931 impetrado pela AGU. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>

Ressalte-se que, a teor do § 6º do art. 37 da Carta Federal:

'(...) 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 direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.⁴⁴

A AGU afirmou, ainda, que o ponto específico violado pelo TST, ao manter a condenação da União foi aplicar a responsabilidade objetiva extracontratual à causa:

"Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade"

(...)

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial⁴⁵

Devido à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante das decisões da Ação Declaratória de Constitucionalidade restou violado o artigo 102, §2º da Constituição da República. Além disso, alega-se também que foi violada a Súmula Vinculante nº 10.

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

O TST estaria ferindo o princípio da legalidade constante no artigo 5º, II da Constituição da República ao não aplicar o §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

⁴⁴ Retirado do Recurso Extraordinário-RE 760.931 impetrado pela AGU. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>

⁴⁵ Retirado do Recurso Extraordinário-RE 760.931 impetrado pela AGU. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>

A AGU refutou a hipótese de ofensa reflexa à Constituição da República. Ocorre a ofensa reflexa à Constituição da República quando uma questão infraconstitucional é analisada e, em seguida não há mais razão para a análise constitucional.

Sobre a multa rescisória, a AGU afirmou: “Ocorre que **as verbas objeto do presente tópico têm fato gerador ocorrente. Necessariamente, após a rescisão contratual da União com a empresa terceirizadas sendo absolutamente impossível que se fiscalize seu pagamento.**”⁴⁶

Afirmou, também, que não ficou demonstrada a culpa *in vigilando* da União.

No que tange aos juros de mora, que também eram objeto do Recurso Extraordinário, afirmou que deveria ser aplicado o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, julgada constitucional no dia 28 de fevereiro de 2007, no RE 453740. Tal questão não será analisada nesta monografia.

O pedido relativo à matéria trabalhista tratada nesta monografia é o de exclusão da condenação da União em responsabilidade subsidiária.

O recurso RE nº 603.397/SC, que era o paradigma da questão, foi substituído pelo recurso extraordinário ora analisado. Esse RE teve repercussão geral reconhecida mas envolvia questão com segredo de justiça, não sendo compatível com a sistemática da repercussão geral.

Novamente, outros entes da Federação quiseram ser *amicus curiae* do Recurso Extraordinário em questão.

O Tribunal Superior do Trabalho sobrestou cerca de 8.500 processos que tratavam do tema em virtude do julgamento do Recurso Extraordinário nº 760931. O Ministro Vice-Presidente do TST afastou o sobrestamento e a AGU reclamou desse fato em manifestação juntada ao processo.

O feito até o momento não foi julgado. O tema continua controvertido e passível de discussão.

⁴⁶ Retirado do Recurso Extraordinário-RE 760.931 impetrado pela AGU. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>

9 PROJETOS DE LEI SOBRE TERCEIRIZAÇÃO

Não há lei que trate única e especificamente da terceirização no Brasil. Existem vários projetos de lei para sanar essa lacuna na legislação brasileira.

No artigo Terceirização, do Procurador-Geral do Trabalho Dr. Luís Antônio Camargo de Mello são apresentados alguns projetos que tratam do tema em comento, a seguir transcrito:

Entre os projetos apresentados, destacam-se:

1. *Projeto de Lei n. 8.147/86*: Autoria de Almir Pazzianotto Pinto, à época Ministro do Governo Sarney, dirigido à Câmara com mensagem n. 472/86, de 21 de agosto de 1986. Institui o contrato escrito para locação de mão de obra pelas empresas de *leasing*, folha de pagamento, piso salarial; disciplina a contratação de boia fria nos períodos de safra e pelo período de seis meses, também define o acidente de trabalho e a contribuição para custeio o benefício previdenciário por acidente.

Retirado de pauta em razão do Enunciado n. 256 do TST, que restringia as hipóteses de terceirização ao trabalho temporário e serviços de vigilância e arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

2. *Projeto de Lei n. 4.302/98*: Autoria de Fernando Henrique Cardoso. Inclui a alteração da Lei do Trabalho Temporário e regulamentação da terceirização no setor público e privado e em todos os seguimentos produtivos: serviço, indústria, comércio e agricultura. No momento está aguarda parecer na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania.

3. *Projeto de Lei n. 4.330/04*: Proposta de autoria do Deputado Sandro Mabel, que dispõe sobre o “contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações dele decorrentes”. Permite a terceirização de atividade-fim e atividade-meio, a responsabilidade da empresa tomadora e o controle periódico do cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada. Aguarda parecer na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania.

4. *Projeto de Lei n. 5.439/05*: De autoria da Deputada Ann Pontes. Acrescenta dispositivo à CLTA, restringindo a contratação da mão de obra por empresa interposta, ressalvando apenas as hipóteses de trabalho temporário, vigilância conservação e limpeza. Encontra-se em apenso ao PL n. 4330/04.

5. *Projeto de Lei n. 1.621/07*, do Deputado Vicente Paulo da Silva. Dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista. Proíbe a terceirização de atividade-fim e prevê a comunicação ao sindicato da categoria profissional, com no mínimo seis meses de antecedência, sobre os projetos de execução de serviços por empresa interposta. Também fixa a responsabilidade e o controle de fiscalização da empresa tomadora. Aguarda

parecer na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio.⁴⁷

O Projeto de Lei nº 4.330/04 foi encaminhado ao Senado Federal e será objeto de estudo no tópico seguinte.

9.1 Análise do Projeto de Lei nº 4.330/04

O Projeto de Lei nº 4.330/2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel, propõe regular os contratos de terceirização e as relações de trabalho dele decorrentes. O Projeto teve 240 emendas, e foi enviado ao Senado Federal em 27/04/2015.

O referido projeto trouxe importantes conceituações relativas à terceirização. Pela primeira vez foram conceituados os termos: terceirização, contratante e contratado, *in verbis*:

I - terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei;

II - contratante: a pessoa jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados, específicos e relacionados a parcela de qualquer de suas atividades com empresa especializada na prestação dos serviços contratados, nos locais determinados no contrato ou em seus aditivos; e

III - contratada: as associações, sociedades, fundações e empresas individuais que sejam especializadas e que prestem serviços determinados e específicos relacionados a parcela de qualquer atividade de contratante e que possuam qualificação técnica para a prestação do serviço contratado e capacidade econômica compatível com a sua execução.

O §2º do artigo 1º estabelece que a lei não se aplica aos contratos de terceirização no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Com efeito, o projeto de lei regulamenta os contratos de terceirização firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, auferindo tratamentos diferenciados entre

⁴⁷ MELLO, Luís Antônio Camargo de. (Terceirização). In: COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Murada. (Coordenadoras). **Trabalho e justiça social: Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

as pessoas jurídicas de direito público, bem como autoriza a contratação de serviço terceirizado para realização de atividade-fim, inovação que acarretou polêmica no âmbito jurídico. Mas isso é assunto para o próximo tópico.

O artigo 12 do texto original do projeto de lei dispunha que a responsabilidade nos casos de inadimplência das verbas trabalhistas pela empresa contratada no âmbito da Administração Pública continuaria sendo regulada pela lei 8.666/93. Esse artigo foi retirado da redação final do projeto de lei:

Art. 12. Nos contratos de prestação de serviços a terceiros em que a contratante for a Administração Pública, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é regulada pelo art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Já o artigo 15 do referido projeto de lei estabelece que sociedades de economia mista e empresas públicas passarão a ser solidariamente responsáveis pelos encargos trabalhistas inadimplidos.

No final do projeto, no artigo 26, há previsão de que os direitos estabelecidos serão estendidos imediatamente aos trabalhadores terceirizados contratados pela administração pública.

Assim, verifica-se a existência de uma incompatibilidade entre o §2º do artigo 1º e o artigo 26, uma vez que o artigo 1º, §2º afirma que a lei não seria aplicável aos entes da administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e o artigo 26, por sua vez, afirma que seria aplicável.

O artigo 13 e parágrafo único trata da segurança, higiene, salubridade dos contratados e da possibilidade de sindicalização dos trabalhadores terceirizados. O artigo 11 veda o do desvio de função e garante a igualdade de tratamento entre trabalhadores terceirizados e não terceirizados.

Os trabalhadores terceirizados não possuirão vínculo empregatício com as empresas públicas e sociedades de economia mista. Em parte, o princípio do concurso público foi respeitado, uma vez que só existirá vínculo empregatício com a administração pública por intermédio da prévia aprovação em concurso público de provas e de provas e títulos:

Art. 4º. É lícito o contato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§1º Configurados os elementos da relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada, a contratante ficará sujeita a todas as obrigações dela decorrentes, inclusive trabalhistas, tributárias e previdenciárias.

§ 2º A exceção prevista no caput deste artigo no que se refere à formação de vínculo empregatício não se aplica quando a contratante for empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como suas subsidiárias e controladas, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

É vedada a mera intermediação de mão de obra e a empresa contratada deverá ser especializada, conforme o §5º, I, II e III do artigo 2º do Projeto de Lei nº 4.330/2004:

§ 5º A qualificação técnica da contratada para a prestação do serviço contratado deverá ser demonstrada mediante:

I - a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto do contrato;

II — a indicação das instalações, dos equipamentos e do pessoal adequados e disponíveis para a realização do serviço;

III — a indicação da qualificação dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, quando for o caso.

O projeto de lei estabelece restrições importantes no que se refere às empresas que podem ser contratadas para prestar serviços terceirizados:

§ 2º Não podem figurar como contratada, nos termos do inciso III do caput deste artigo:

I — a pessoa jurídica cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado da contratante;

II — a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade;

III — a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 12 (doze) meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

A subordinação dos empregados à empresa tomadora de serviços é proibida no §1º do artigo 3º. A obrigação de ser responsável pela execução dos serviços também está expressa nesse artigo.

O projeto estabelece, ainda, cláusulas obrigatórias nos contratos de trabalho terceirizados, conforme abaixo transcrito:

- I - a especificação do serviço a ser prestado e do objeto social da contratada;
- II - o local e o prazo para realização do serviço, quando for o caso;
- III - a exigência de prestação de garantia pela contratada em valor correspondente a 4% (quatro por cento) do valor do contrato, limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor equivalente a 1 (um) mês de faturamento do contrato em que ela será prestada;
- IV - a obrigatoriedade de fiscalização pela contratante do cumprimento das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato, na forma do art. 15 desta Lei;
- V - a possibilidade de interrupção do pagamento dos serviços contratados por parte da contratante se for constatado o inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada; e
- VI — a possibilidade de retenção em conta específica das verbas necessárias ao adimplemento das obrigações referidas no art. 15 desta Lei.

Outro ponto interessante, é que no artigo 16 fica estabelecida uma nova hipótese de culpa *in vigilando* das empresas públicas e sociedades de economia mista:

- “I — pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;
- II — concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional;
- III — concessão do vale-transporte, quando for devido;
- IV — depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;
- V — pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato de terceirização;
- VI — recolhimento de obrigações previdenciárias. “

O §2º do artigo 16 prevê que a contratante deve efetuar diretamente o pagamento dos salários, recolhimentos fiscais, previdenciários e o depósito do FGTS, sem que seja configurado o vínculo empregatício entre a tomadora de serviços e o trabalhador terceirizado.

9.2 O Projeto de Lei nº 4.330/04 e a Constituição da República

O Projeto de Lei nº 4.330/2004 deve ser interpretado de acordo com a Constituição da República. Algumas partes desse projeto de lei não poderão ser aplicadas porque são inconstitucionais à luz do artigo 37, inciso II da CRFB. Esse artigo estabelece o princípio do concurso público, que é um princípio limitador da contratação de trabalhadores terceirizados na Administração Pública.

Se o projeto for aprovado, será aplicado às empresas públicas e sociedades de economia mista, no que não contrariar a Constituição. As regras relativas a procedimentos e garantias são as únicas compatíveis com a Constituição.

Um dos requisitos para o ingresso no serviço público (cargos, empregos e funções) é a aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos. Os órgãos e entidades da administração direta, autárquica, fundacional, empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive exploradoras de atividades econômicas devem admitir servidores estatutários e celetistas através de concurso público. Não é necessário concurso público para admissão de trabalhadores de forma temporária ou para provimento de cargos em comissão (nas funções de direção, chefia e assessoramento).

O artigo 37, II da Constituição serve de limite até à regra do inciso II, do §1º do artigo 173, que trata das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas. São aplicáveis à essas empresas o mesmo regime das empresas privadas, com algumas restrições.

Nesse sentido está o acórdão nº 31, de 2010 do Plenário do TCU:

Imediatamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 algumas estatais suscitaram dúvidas acerca da aplicabilidade de tal dispositivo (art. 37, II) face o também previsto no art. 173. Essa questão foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal em 06.06.1990, oportunidade onde foi corroborada a exigência de prévia aprovação em certame público às admissões nos entes integrantes da Administração Indireta, data essa considerada por este Tribunal como sendo um marco às empresas públicas e sociedades de economia mista. Essa interpretação do Tribunal acabou por flexibilizar, portanto, as admissões em tais entidades apenas no período compreendido entre 05.10.88 a 05.06.90, e ainda assim desde que comprovada a contratação direta dos empregados, sem interveniência de terceiros. Superada essa questão, após 06.06.1990, não há que se falar em dúvida acerca da obrigatoriedade do concurso público para ingresso na Administração Pública. Não obstante, o instituto da terceirização, idealizado e incentivado também no serviço público objetivando desobrigar as empresas da realização de obrigações acessórias, se dedicando a finalística,

passou a ser desvirtuado, consistindo em contratações de locações de mão de obra disfarçadas como sendo de serviços, tanto em substituição a tarefas inerentes ao plano de cargos e salários das entidades, como na realização de atividades-fim, em detrimento da seleção por certame público.⁴⁸

A contratação de serviços terceirizados é feita através do processo de licitação.

Os concursos públicos devem ser realizados para preencher os cargos relativos às atividades-fim das empresas públicas e sociedades de economia mista. Se a terceirização das atividades-fim for admitida, o princípio do concurso público ficará drasticamente restrito, porque a terceirização é economicamente mais vantajosa para as sociedades de economia mista e empresas públicas.

O concurso público, como já falado acima deve ser feito por causa do princípio da isonomia, presente no artigo 5º da Constituição Federal. O concurso público também põe em prática os princípios da moralidade e da impessoalidade.

Ademais, o concurso público impede que os agentes políticos escolham os servidores de acordo com suas preferências pessoais. É permitido que isso ocorra no preenchimento de cargos comissionados.

Já houve decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no Recurso Especial (REsp.) nº 772.241, que considerou a terceirização inconstitucional em um banco público por violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade, constituindo ato de improbidade administrativa:

O ato de improbidade sub examine se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão de obra, via terceirização de serviços, para trabalharem em instituição bancária estadual, com observância do art. 37, II, da Constituição Federal. (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial (REsp) nº 772.241/MG, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 24.06.2009)⁴⁹

Por todo exposto, chega-se à conclusão de que a terceirização não deve ser a regra na administração pública e nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 31**. Plenário. Data de Julgamento: 23/01/2013.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial (REsp) nº 772.241/MG**. Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 24.06.2009.

Os Ministros do TST escreveram uma carta aberta ao presidente da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania criticando o Projeto de Lei nº 4.330/04, em 2013. Apesar das diversas alterações ocorridas no Projeto de Lei nº 4.330/04 até seu envio ao Senado Federal, as críticas feitas continuam válidas.

Uma das críticas se refere à ampliação da terceirização na economia e na sociedade. Essa ampliação consiste em permitir que atividades-fim e atividades-meio possam ser terceirizadas. Os empresários optarão por terceirizar o máximo de atividades possíveis, pois a terceirização é economicamente mais vantajosa, permitindo o aumento dos lucros obtidos.

Com a maior incremento da terceirização haverá a precarização das relações de trabalho. Muitos dos trabalhadores perderiam seus empregos regulares para serem substituídos por trabalhadores terceirizados ou ainda, retornariam ao mercado de trabalho como trabalhadores terceirizados, fato que acarreta nítida redução de salários, podendo gerar problemas sociais, fiscais e tributários para o Estado.

CONCLUSÃO

Diante de todo o que fora exposto, é necessário fazer algumas considerações finais acerca da terceirização.

A terceirização é um fenômeno frequente na atualidade e deve ser regulada para que fraudes sejam evitadas.

A monografia tratou da responsabilidade da Administração Pública nos casos de inadimplência do pagamento das verbas trabalhistas pelo prestador de serviços nos contratos de trabalho terceirizados.

O tema, como demonstrado, está longe de ser pacífico, devido à ausência de regulamentação legal da terceirização e da ausência de regulamentação legal, também, da responsabilidade no caso de inadimplência das verbas trabalhistas por parte do prestador de serviços.

A Súmula 331, editada pelo TST, buscando acabar com fraudes na contratação de serviços terceirizados foi alterada diversas vezes. A última alteração, até o momento foi em decorrência da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 do Distrito Federal. Ainda está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário 958.252 que questiona a impossibilidade de utilização de mão de obra terceirizada para execução de atividade-fim.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 do Distrito Federal tratou especificamente da responsabilidade da Administração Pública nos casos de inadimplência do pagamento das verbas trabalhistas pelo prestador de serviços nos contratos de trabalho terceirizados.

Ficou estabelecido que a culpa *in eligendo* decorre da má escolha da empresa que presta serviços terceirizados. A culpa *in vigilando*, por sua vez, ocorre quando a Administração Pública pratica a conduta omissiva de não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços. Ambos os casos de culpa devem ser analisados à luz dos casos concretos.

Além disso o tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal também questiona a responsabilidade da Administração Pública nos casos de inadimplência do pagamento das verbas trabalhistas pelo prestador de serviços. O Recurso Extraordinário

760.931, interposto pela AGU, questiona que os tribunais não estão fazendo uma análise correta e específica da culpa *in vigilando* e *in eligendo* nos casos concretos.

Por fim, foram apontados diversos projetos de lei que buscam regular o tema da terceirização. Foi estudado de forma específica o Projeto de Lei nº 4.330/04 do Deputado Sando Mabel. Esse projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, neste momento, está em trâmite no Senado Federal.

A terceirização deve ser regulamentada para acabar com as controvérsias que envolvem o tema e regularizar a situação de diversos trabalhadores, sem lesar o interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. (O teletrabalho e a subordinação estrutural). *In*: COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Murada. (Coordenadoras). **Trabalho e justiça social: Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

AMORIM, Hélder Santos. **Terceirização no Serviço Público**. São Paulo: LTr, 2009.

AMORIM, Hélder Santos; DELGADO, Gabriela Neves; VIANA, Márcio Túlio Viana. **Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques**. Revista TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011.

ANTUNES, Ricardo. (A nova morfologia do trabalho, as formas diferenciadas da reestruturação produtiva e da informalidade no Brasil). *In*: COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Murada. (Coordenadoras). **Trabalho e justiça social: Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, 7ª edição, São Paulo, Editora LTr, 2011.

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 26-52, out./dez. 2008.

BIAVASCHI, Magda Barros. (A dinâmica da súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a história da forma de compreender a terceirização). *In*: COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Murada. (Coordenadoras). **Trabalho e justiça social: Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed ver e atual São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Constituição Federal (1988). **Vade mecum**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. *In*: **Vade mecum**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. (TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF (atualizada).) Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785> >. Acesso em 16 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 289 CE**. Relator: Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 09/02/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-03-2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação: 6970 SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 07/11/2008, Data de Publicação: DJe-215 DIVULGADO em 12/11/2008, PUBLICADO em 13/11/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação: 7812 RJ**, Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 24/02/2014, Data de Publicação: DJe-041 DIVULGADO em 26/02/2014 PUBLICADO em 27/02/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n° 17860 ES**. Relator: Min. BARROSO, Roberto. Data de Julgamento: 28/08/2014, Data de Publicação: DJe-170 Divulgado em 02/09/2014 Publicado em 03/09/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade Contratual. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. ADC 16 DF, Relator(a):Min. Cezar Peluso, Brasília,DF, 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627841/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-16-df-stf>>. Acesso em 16 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial (REsp) n° 772.241/MG**. Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 24.06.2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 31**. Plenário. Data de Julgamento: 23/01/2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 697**. Plenário. Julgado em 10/05/2006.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. **Processo n° 0000708-14.2011.5.03.0145**. 6ª Turma. Julgado em 29/11/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 6ª Região. **Recurso Ordinário: 84162011506 PE 0000084-16.2011.5.06.0004.** Relator: Bartolomeu Alves Bezerra, Data de Publicação: 13/12/2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 6ª Região. **Recurso Ordinário 0000101-34.2011.5.06.0010.** Relator Desembargador Ivan de Souza Valença Alves, acórdão publicado no DJU no dia 23/01/2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, **Ac. 01056/2003-007-07-00-9.** In: _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF.** Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, **Ac. 00309/2002-003-07-0.** In: _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF.** Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, **Ac.-2ªT-Nº07482/2006 RO-V 02282-2005-049-12-00-3.** In: Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF.** Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 01007-2010-109-03-00-8.** Relatora Juíza ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI. DJ/MG, 21.11.2011

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR- 297.751/96.** In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 321.** Seção de Dissídios Individuais-1. DJ 20.04.2005.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 383.** Seção de Dissídios Individuais-1. DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n 331: **Vade mecum**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho** (atual Eduardo Carrion). 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAIXETA, Sebastião Vieira. (Apontamentos sobre a normatização do instituto da terceirização no Brasil: por uma legislação que evite a barbárie e o aniquilamento do direito do trabalho). *In*: COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Murada. (Coordenadoras). **Trabalho e justiça social: Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

CREMONINI, Larissa Serrat de Oliveira; LIMA, Antonio de Oliveira; MERCANTE, Carolina Vieira; JÚNIOR, Paulo Isan Coimbra da Silva. **Manual de implementação do projeto terceirização sem calote**. Brasília : Ministério Público do Trabalho, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, 12º edição. Editora LTr, 2013.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11º Edição. Editora Dialética, 2005.

FONTES, Camila de Abreu; GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. (Responsabilidade da Administração Pública à luz da nova redação da Súmula 331 do TST). *In*: COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Murada. (Coordenadoras). **Trabalho e justiça social: Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: FORENSE, 2010.

GEMIGNANI, Teresa Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula 331 do TST: Poderia ser diferente?**. Revista TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011.

HAAS, Juliana. **Reflexões sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal**. Revista TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**, 12ª Edição. Editora Atlas, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

MELLO, Luís Antônio Camargo de. (Terceirização). In: COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Murada. (Coordenadoras). **Trabalho e justiça social: Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

NETO, João Alves; ROCHA, Andréa Rocha. **Súmulas do TST comentadas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista; SOUZA, Larissa Martins de Souza. **Acerca da dicotomia atividade-fim e atividade-meio e suas implicações na licitude da terceirização trabalhista**. Revista de Informação Legislativa, Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil- Volume 3 Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho**. Revista TST, Brasília, vol. 77, no 2, abr/jun 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. (Princípios constitucionais da administração pública). Belo Horizonte: Del Rey, 1994. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 DF**. Relator Ministro PELUSO, Cezar. Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULGAÇÃO 08-09-2011 PUBLICAÇÃO 09-09-2011.

SÜSSKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; SEGADAS VIANNA; LIMA TEIXEIRA. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2005.