

**CARLOS RENATO SIMÕES MARIANO**

**O fenômeno da Terceirização na Administração  
Pública Direta e Indireta: efeitos jurídicos da ADC  
16 frente à aplicabilidade da Súmula nº. 331, do  
TST.**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AMPARENSE – UNIFIA  
Especialização em Direito do Estado**

**UNIFIA  
Amparo  
2012**

**CARLOS RENATO SIMÕES MARIANO**

**O fenômeno da Terceirização na Administração  
Pública Direta e Indireta: efeitos jurídicos da ADC  
16 frente à aplicabilidade da Súmula nº. 331, do  
TST.**

Monografia apresentada à disciplina Direito do Estado, do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito do Estado pelo **CENTRO UNIVERSITÁRIO AMPARENSE – UNIFIA**.

**Defiro o Depósito:**

---

**Professor orientador**

**EUDES VITOR BEZERRA**

**UNIFIA  
Amparo  
2012**

## DEDICATÓRIA

Durante toda a jornada não faltaram momentos difíceis que faziam parecer mais longa a caminhada. Momentos em que a angústia e as incertezas tomaram conta de minha alma, em que o cansaço parecia propugnar-se a me vencer...

Pela superação destes momentos, dedico todo o meu amor àqueles que me acompanharam e estiveram sempre ao meu lado, de mãos dadas, impulsionando-me ao objetivo traçado.

À minha sempre amada matriarca e genitora, Sirlene das Graças Simões Mariano (*in memoriam*), pelo amor incondicional e fraterno, esteja certa de que por mais que o tempo e a distância insistam em fazer te esquecer, sei que o amor verdadeiro jamais morrerá.

Ao meu grande amor, companheira de todas as horas e grande estimuladora, Rosana de Fátima Corrêa Cavallari Mariano, pela inesgotável paciência e compreensão. Por toda a sua sensibilidade e delicadeza, dedico meu eterno carinho.

Ao meu pai José Mariano e aos meus irmãos dedico mais esta etapa que foi cumprida.

Aos meus sogros Rosenir Paulo Donato Cavallari e Heliana Correia Cavallari, pelo amor, respeito e confiança depositados.

Nem mesmo a emoção me impedirá de dizer:

Muito Obrigado!

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a *Deus* por todas as bênçãos derramadas sobre mim.

Em especial,

Ao Dr. Eudes Vitor Bezerra,

Mestre, amigo e orientador, pelo qual manifesto todo o meu apreço.

À querida Dra. Vanessa Cardone, por ter me iniciado na militância jurídica, propiciando-me imensurável aprendizado.

Ao estimado Dr. Sergio Gonini Benício, pela confiança, oportunidade e por me credenciar à busca do projeto de vida a ser alcançado.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo precípua o estudo, a pesquisa e a análise dos aspectos gerais acerca da disseminação do fenômeno da terceirização no contexto da globalização mundial, através de uma abordagem voltada especificamente ao esforço hermenêutico realizado pelos Tribunais Superiores pátrios em dirimir o aparente conflito existente entre o dispositivo do §1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93 e a orientação enunciada no bojo da Súmula nº 331, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, com fulcro na recente decisão proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, cujo acórdão possui eficácia contra todos e efeito vinculante, consoante versa o preceito do art. 102, §2º, da Constituição Federal de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização. Administração Pública. Súmula. Constitucionalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I - GLOBALIZAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO: OS FENÔMENOS QUE DEFLAGRAM A DESESTABILIZAÇÃO E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.</b>	
1.1. A Terceirização entre a Crise e a Transição do Direito do Trabalho.....	9
1.2. A Terceirização como alternativa ao novo padrão de acumulação flexível do Capital.....	12
<b>CAPÍTULO II - TERCEIRIZAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMATIVIDADE E DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA NO BRASIL.</b>	
2.1. Escorço Histórico sobre a formação da Normatividade Jurídica acerca da Terceirização no Brasil.....	18
2.2. Construção jurisprudencial trabalhista e os limites jurídicos à Terceirização na Administração Pública.....	23
<b>CAPÍTULO III - TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.</b>	
3.1. ADC 16: O conflito aparente entre a Lei de Licitações e a Súmula nº 331, do TST. Implicações jurídicas acerca da declaração de constitucionalidade do §1º, art. 71, da Lei 8.666/93.....	35
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>53</b>

## INTRODUÇÃO

Contextualizada sob o fenomênico processo globalizante que se intensificou no período do segundo pós-guerra, a terceirização surge como uma alternativa para a afirmação de um novo padrão de acumulação do capital, assumindo clareza estrutural e amplitude dimensional através de um modelo produtivo tendente a privilegiar a redução de custos, com vistas a uma rápida adaptação às necessidades do mercado de consumo global.

Caracterizado por um modelo trilateral das relações socioeconômica e jurídica trabalhista e totalmente dissociado do clássico modelo empregatício, o fenômeno da terceirização se firmou como uma prática corriqueira do mercado de trabalho nas sociedades ocidentais modernas adeptas da ideologia neoliberal. Modelo que o Brasil não se furtou a utilizá-lo! A realidade tem demonstrado se tratar de um caminho sem volta.

O aludido tema ganha proporções de relevância ao considerarmos que nos tempos atuais, o mercado de trabalho brasileiro vem demonstrando que ao percorrer os mesmos caminhos traçados pelo setor privado da economia, o Poder Público tem se valido cada vez mais frequentemente da prática terceirizante. Entretanto, a realidade atual vivenciada no âmbito da Justiça do Trabalho tem demonstrado, que findo o contrato de terceirização com a Administração Pública, as empresas prestadoras de serviços terceirizados desaparecem do cenário jurídico, deixando de adimplir os pagamentos rescisórios dos seus empregados, de maneira a fomentar um drástico drama social subjacente, com graves implicações na precarização dos direitos dos trabalhadores inseridos neste contexto.

Portanto, o tema a ser discorrido no presente trabalho monográfico, tem por objetivo precípuo o estudo, a pesquisa e a análise jurídica, se não exaustiva, no mínimo pormenorizada, sobre os efeitos e suas relevantes implicações jurídicas na efetiva possibilidade de aplicação da responsabilidade subsidiária aos órgãos da Administração Pública Direita e Indireta, em todas as suas esferas de competência, nas hipóteses de constatação judicial de frustração dos pagamentos rescisórios trabalhistas dos empregados de pessoas jurídicas interpostas contratadas pelos órgãos ou entidades pertencentes ao Poder Público, através de procedimento licitatório, para a prestação de serviços e mão-de-obra terceirizante.

Ressaltamos que em 24 de novembro de 2010, o Excelso Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de controle concentrado de constitucionalidade, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, ao adentrar na análise do mérito da questão posta à controvérsia, por votação majoritária dos seus respectivos membros, o Pleno, através de seus respectivos Ministros, proferiu decisão favorável à declaração de constitucionalidade do disposto no §1º do artigo 71 da Lei Federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, com redação determinada pela Lei nº. 9.032, de 28 de abril de 1995, norma legal que estaria em aparente conflito com o inciso IV, da Súmula nº 331, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Esclareça-se, portanto, que o objeto do presente trabalho de conclusão de curso, encontra-se delimitado em apresentar os aspectos gerais do fenômeno da terceirização, através de uma abordagem tendente a privilegiar uma interpretação hermenêutica analítica e sistemática da ordem jurídica infraconstitucional, concatenada ao ordenamento jurídico constitucional, com especial enfoque no entendimento jurisprudencial mais recente dos Tribunais Superiores pátrios, assim como no entendimento da doutrina contemporânea especializada no tema, acerca da responsabilidade civil do ente público contratante de serviços terceirizados, com fulcro na decisão proferida pelo STF, na ADC nº 16-DF, que possui 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, consoante preceito insculpido no §2º do artigo 102, da Constituição da República de 1988.

Para tanto, empreendemos em dividir o tema exposto no bojo da presente monografia em três capítulos distintos: O primeiro capítulo abordará o panorama histórico e a contextualidade em que o fenômeno da terceirização foi inserido no processo produtivo mercadológico global e especificamente no Brasil, como afirmação do padrão de acumulação flexível capitalista, sob uma ideologia neoliberal. O segundo capítulo traçará o exame cronológico da normatividade jurídica sobre o fenômeno da terceirização no Brasil, assim como os aspectos em torno da construção jurisprudencial do Colendo Tribunal Superior do Trabalho para dirimir as controvérsias pertinentes à responsabilidade subsidiária do ente público contratante de serviços e mão-de-obra terceirizante, através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, da doutrina especializada e da jurisprudência relativa ao tema objeto da pesquisa, com a finalidade de determinar o objetivo e a

aplicabilidade do referido instituto no caso concreto. O terceiro capítulo demonstrará, à luz do presente trabalho, os fundamentos que pautaram a declaração da constitucionalidade do §1º, do art. 71, da Lei Federal nº 8.666/93 (denominada Lei de Licitações), pelo STF, através da ADC 16, frente ao entendimento jurisprudencial exarado na Súmula 331, do TST, a responsabilizar o Estado pelas práticas ilícitas perpetradas em contratos de prestação de serviços e de mão-de-obra terceirizante, assim como suas implicações jurídicas a corroborar para a manutenção, efetividade e subsistência do referido verbete sumular justralhista na contextualidade interpretativa do ordenamento jurídico interno.

Desta forma, para a elaboração do presente trabalho, foram levantadas as seguintes hipóteses: a) análise do aparente conflito existente entre o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, que preceitua a irresponsabilidade do ente público estatal pelos encargos trabalhistas, frente ao inciso IV, da Súmula nº 331, do TST, que em contraponto, prevê o caráter responsabilizatório do Estado quando da constatação de práticas ilícitas terceirizantes; e b) demonstração da plena eficácia, aplicabilidade e manutenção do verbete sumular nº 331, do TST, no cenário jurídico nacional, mesmo diante da declaração de constitucionalidade do supradito preceito legal a tratar dos processos licitatórios pertinentes ao Poder Público.

Quanto à metodologia aplicada, salientamos que além da utilização dos métodos histórico e dogmático-normativo, valemo-nos também do trabalho de compilação, através de levantamento bibliográfico e consulta em sítios da rede mundial de computadores (internet) para a pesquisa de artigos e trabalhos renomados a discorrer sobre a polêmica temática, visando o armazenamento de informações, opiniões e identificação das fontes, de maneira a acrescer o fundamento teórico embasador do trabalho monográfico elaborado.

Por derradeiro, ressaltamos ter nos esforçado em apresentar ao longo de cada capítulo, os pontos conclusivos do referido apanhado, seguidos de uma estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a responsabilização do ente estatal terceirizante diante da verificação judicial de ilicitude perpetrada pelos órgãos e entidades pertencentes à Administração Pública Direita e Indireta, tendente a vulnerar o trabalhador inserido neste contexto, possibilitando, assim, a formação de um Estado Democrático de Direito solidário e cumpridor dos seus deveres, com fulcro nos precípuos fundamentos da dignidade da pessoa humana e nos princípios, valores e direitos sociotrabalhistas, amplamente preceituados pela Constituição da República de 1988.

## CAPÍTULO I

### **GLOBALIZAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO: OS FENÔMENOS QUE DEFLAGRAM A DESESTABILIZAÇÃO E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.**

#### **1.1. A Terceirização entre a Crise e a Transição do Direito do Trabalho.**

Ao voltarmos os olhos para um passado recente – mais especificamente entre as décadas de 1970 e 1980 - certamente estaremos aptos a uma compreensão mais satisfatória do fenômeno que deflagrou, nos países da Europa Ocidental, o paradigma entre a desestabilização e os caminhos de reconstrução dos padrões e princípios reinantes acerca do processo de formação e consolidação do Direito do Trabalho.

Estamos a tratar, aqui, da quarta fase do ramo juslaborativo, consoante proposição metodológico-didática tracejada pela doutrina especializada<sup>1</sup>. Intitulado como o período de crise e transição do Direito do Trabalho, essa fase histórica trouxe consequências que culminaram em impactantes reflexos socioeconômicos em todas as áreas do globo – patologia que no caso brasileiro tomou maiores propulsões ao longo da década de 1990 - de modo a afirmar a cada dia dos nossos tempos atuais, a transformação e o enfraquecimento de um modelo tuitivo e de bem-estar social na seara juslaborativa para uma renovada realidade, fortalecida por uma orientação ideológica neoliberal estatal, com vistas ao atendimento de novas demandas do mercado de trabalho.

Verificou-se, nessa época, portanto, uma conjugação de inúmeros fatores, que em muito influenciaram a área laborativa. A denominada crise do petróleo - iniciada entre os anos de 1973 e 1974 - concorreu intensamente para a desestruturação da higidez do sistema econômico global. A ascensão de alarmantes níveis inflacionários contribuiu para acentuar a concorrência entre o empresariado que, por consequência, redundou na elevação das taxas de desocupação do mercado obreiro, de maneira a privilegiar o descompasso entre o binômio capital econômico/força de trabalho. Constatou-se, então, um agravamento dos déficits fiscais

---

<sup>1</sup> Cf. Mauricio Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 97-99, *passim*.

nos domínios dos países desenvolvidos do Ocidente, de maneira a comprometer promiscuamente o papel do Estado como ente provedor de políticas sociais.

Em acréscimo a todos esses acontecimentos, iniciou-se um crescente e profundo processo renovatório tecnológico, capitaneado pela microinformática, microeletrônica, robotização e automação das ferramentas de produção e de trabalho.

Como consequência lógica desse processo paradigmático, houve uma patente redução dos postos de trabalho dentre os mais variados segmentos da economia, alcançando, sobretudo, os polos industriais.

De fato, todo esse cenário conjuntural de crise econômica, organizacional e de avanços tecnológicos, contribuiu para sedimentar um ambiente favorável ao surgimento e disseminação de novas modalidades de prestação laborativa, tais como o teletrabalho e o escritório em casa – este último mais conhecido como *home-office* – formas de contratações trabalhistas absolutamente incomuns ao tradicional sistema empregatício imperante até aquele momento.

Decerto que toda essa intensa renovação tecnológica serviu como subsídio para a ruptura das impenetráveis fronteiras territoriais até antes resguardadas, maximizando, de forma inequívoca, a internacionalização, a partir do último quartel do século XX, da competição capitalista no estuário do influente processo globalizante.

Em um quadro de candentes transformações e de uma cambiante realidade socioeconômica vivenciada pelas nações ocidentais, novos rumos foram tomados. Estratégias e modelos clássicos de gestão empresarial foram revistos. Verificou-se, em pouco período vintenário, uma enorme reestruturação da práxis empresarial: inaugurou-se uma fase em que a classe patronal passou a privilegiar a descentralização administrativa de suas atividades, bem como a repartição extremada de competências interempresarias, de maneira a desvincular e cindir com as matrizes até então arraigadas em sua tradição. De outro lado, imersos nesses acontecimentos, os países pertencentes aos principais centros do sistema capitalista, difundiram-se hegemonicamente – no âmbito ideológico-cultural - numa profusão de pensamentos a prestigiar o implemento de uma onda desregulatória das políticas sociais e de regramentos jurídicos limitadores da atividade econômica.

Consigne-se, que no curso dos fatos e em nome dos imperativos da ordem econômica, o ramo especializado laborativo - que sempre gravitou no centro dessa nova diretriz - acabou por ser atingido pela concepção moderna conhecida como flexibilização do Direito do Trabalho, posição essa que se caracterizou, indubitavelmente, como um inescandível desvio das funções até então cumpridas pelas normas jurídicas trabalhistas clássicas.

No escopo de darmos maior clarividência às transformações ocorridas em supramencionado período, bem como ao novo fenômeno que surge em decorrência de uma sociedade capitalista, insta transcrever as reflexões de Amauri Mascaro Nascimento<sup>2</sup>:

“Flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do trabalho, a imposição pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador, concepção que romperia definitivamente com a relação de poder entre os sujeitos do vínculo de emprego, pendendo a balança para o economicamente forte.”

Diante desse perfil conjuntural, de drásticas mudanças, acentuadas pela desregulação, informalização e desorganização do mercado de trabalho, com especial atenção aos países semiperiféricos ao capitalismo central – em que o Brasil se encontra incluído - e de aparente ruptura com os padrões juslaborativos clássicos, Mauricio Godinho Delgado, demonstrando preocupação, nos adverte para a necessidade histórica de haver um segmento jurídico com características essenciais do Direito do Trabalho<sup>3</sup>:

“Parece inquestionável, em suma, que a existência de um sistema desigual de criação, circulação e apropriação de bens e riquezas, com um meio social fundado na diferenciação econômica entre seus componentes (como o capitalismo), mas que convive com a liberdade formal dos indivíduos e com o reconhecimento jurídico-cultural de um patamar mínimo para a convivência na realidade social (aspectos acentuados com a democracia), não pode desprezar ramo jurídico tão incrustado no âmago das relações sociais, como o justralhista.”

É exatamente dentro deste contexto socioeconômico, impulsionado pela fenomenologia da globalização e diante de um cenário que requer incessante competitividade

---

<sup>2</sup> Cf. Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 15. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 124.

<sup>3</sup> Cf. Mauricio Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, p.98.

de novos mercados, no tocante a produção industrial, exigência de inovações tecnológicas, melhoria da qualidade dos produtos ofertados, com o preponderante adicional de custos reduzidos, tendo como contrapartida a auferição de um patamar de lucratividade mais significativo, que as empresas passaram a adotar, alternativamente, dentre outros elementos, forma descentralizada de contratação de mão-de-obra, destacando, sobremaneira, a Terceirização trabalhista.

## **1.2. A Terceirização como alternativa ao novo padrão de acumulação flexível do Capital.**

Ao empenho de emprestar o melhor sentido etimológico à expressão terceirização, sem que tenhamos maiores dissidências conceituais por parte da doutrina especializada na área trabalhista, Mauricio Godinho Delgado preceitua que o vocábulo posto a lume, vem consubstanciar um derivativo da palavra “(...) *terceiro*, compreendido, nestes termos, como *intermediário, interveniente (...)*” (*sic*), de modo que, a expressão representa um neologismo instituído pelo ramo da administração de empresas - externo à cultura das Ciências Jurídicas – com a precípua finalidade de enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa<sup>4</sup>.

Registre-se, que outros neologismos oriundos de concepções doutrinárias, surgiram para designar a contratação pelas empresas tomadoras de serviços, de terceiros estranhos aos seus respectivos quadros funcionais efetivos. Dentre as variadas denominações - criadas por setores alheios ao Direito - para elucidar o fenômeno objeto do presente trabalho, verificou-se o surgimento dos termos terceirização, subcontratação, filialização, reconcentração, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização, parceria e terciarização<sup>5</sup>.

Impende salientar, ainda, que a expressão terciarização, surgira como referência ao setor terciário da economia, em cuja composição se encontravam os serviços em geral, situando as empresas prestadoras de serviços terceirizantes no eixo central da engrenagem que move o mercado laborativo, conquanto, aludido epíteto não tenha logrado

---

<sup>4</sup> Cf. Mauricio Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, p.430.

<sup>5</sup> Cf. Sergio Pinto Martins, *Direito do trabalho*, 11. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2000, p. 160.

êxito em amalgamar-se na identificação fenomênica social, econômica, política, tampouco na seara *justrabalista*<sup>6</sup>.

Nestes termos, Sergio Pinto Martins<sup>7</sup> anota:

*“Terciaru seria originário do latim, proveniente do ordinal três (...) O uso da denominação *terceirização* (sic) poderia ser justificado como decorrente da palavra latina *tertius*, que seria estranho a uma relação entre duas pessoas. No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como realizada entre o terceirizante e seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto, ser terceiro. A terceirização, entretanto, não ficaria restrita a serviços, podendo ser feita também em relação a bens e produtos.”*

Com a proficiência que lhe é peculiar, Mauricio Godinho Delgado, ao empregar um sentido jurídico ao instituto trazido à baila, consentâneo à realidade *juslaborativa*, assim nos ensina<sup>8</sup>:

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

Em elucidativa consideração sobre o tema, Cássio de Mesquita Barros Junior<sup>9</sup> aduz que a fenomenologia da terceirização consubstancia-se em:

*“(...) estratégia econômica através da qual um terceiro, em condições de parceria, presta serviços ou produz bens para uma empresa que o contrata. Ao transferir a esse terceiro a produção das atividades acessórias e de apoio, pode a empresa contratante concentrar-se na sua atividade principal, o que levou a ciência da administração a chamar esse processo de focalização.”*

Isto posto, torna-se imprescindível e igualmente oportuno, delinearmos, ainda que, sucintamente, o marco histórico responsável pela disseminação da modalidade *terceirizante* na contextualidade do coetâneo processo globalizante.

---

<sup>6</sup> Mauricio Godinho Delgado, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Sergio Pinto Martins, *loc. cit.*

<sup>8</sup> Mauricio Godinho Delgado, *loc. cit.*

<sup>9</sup> Cf. Cássio de Mesquita Barros Junior, *Flexibilização do direito do trabalho e terceirização*. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 21, 1997, p. 277.

Diante de um vastíssimo cenário de inescusáveis contrastes sociais e de acachapantes transformações exteriorizadas pela crise estrutural econômica mundial - exurgida ao término dos anos de 1960 e início dos anos 70 do século passado, a classe trabalhadora assalariada, em quase todos os arredores do globo, se viu acuada por uma incontestável reestruturação do capital: a emergência de uma recomposição do projeto de domínio societal colocou o setor mercadológico produtivo em uma confrontação de superioridade com o posicionamento que desde a eclosão da Revolução Industrial europeia, sempre caracterizou o clássico Direito do Trabalho - o escopo tutelar e redistributivo com vistas para o bem-estar social.

Inaugurou-se, assim, um fenômeno paradigmático que, ainda hoje, se põe em curso, causando a preocupação de teóricos e estudiosos dos mais variados ramos multidisciplinares especializados sobre o assunto.

Sob os contornos de uma ideologia capitalista que emergira do segundo pós-guerra e, diante da necessidade de superação das dificuldades enfrentadas em decorrência da crise petrolífera deflagrada em meados de 1973 e do conseqüente processo recessivo que se instaurou em turbulento período subsequente de crise econômica mundial, empresas transnacionais de diversos segmentos, em especial, aquelas pertencentes ao setor automobilístico, optaram em aderir a uma nova alternativa filosófica organicista de produção industrial.

Referimo-nos, aqui, a via japonesa de consolidação do capitalismo industrial da segunda metade do século XX, conhecida como “Toyotismo”. Como o próprio nome sugere, esse modelo organizacional produtivo - desenvolvido dentro do ambiente fabril da montadora de automóveis Toyota - significou um conceito de gestão operacional cujos pilares encontram-se assentados na autonomia ou automação com um toque humano e na flexibilização da linha produtiva. A racionalização desse modelo de gestão administrativo-industrial – que em grande medida se apresenta vigente - vem representar um inquestionável contraponto ao precedente sistema produtivo automobilístico americano, até então reinante, concebido pelo binômio “Taylorismo/Fordismo”, designado por um padrão de acumulação capitalista que, durante muito tempo, preponderou em diversificados setores industriais do globo, com ênfase na metodologia de produção em massa, viabilizando, sobretudo, o fluxo contínuo em atendimento da demanda de consumo.

Ao sabor de um melhor entendimento sobre a temática, o denominado Sistema Toyota de Produção (STP), alicerçado pelo *just-in-time*, alçou-se em um ideário de aperfeiçoamento da capacidade industrial, com ênfase na dinâmica de uma elevação dos índices de produtividade em menor tempo de trabalho, de maneira a implementar uma significativa redução de custos, maximização da lucratividade e aumento da competitividade empresarial. Esse foi o lema apregoado pelo seu idealizador, o executivo chinês Taiichi Ohno<sup>10</sup>. Em suma, trata-se de um *modus operandi* primordialmente pautado na eliminação de desperdícios, onde se produz somente o que o mercado irá absorver.

Visto como via alternativa a suplantar os óbices estruturais ocasionados pela crise de acumulação, o modelo japonês de produção industrial tornou-se o experimento de afirmação do capital que mais repercutiu no mundo ocidental, difundindo-se, a partir da década de 1970, entre os países avançados. Considerando, por óbvio, as peculiaridades e singularidades de cada país, o sistema industrial toyotista logo fora transferido e introduzido nos polos industriais do Ocidente. Com as adaptações necessárias à realidade conjuntural do empresariado das nações desenvolvidas, referido modelo organizacional foi inserido às experiências de indústrias localizadas no norte da Itália, no Vale do Silício norte-americano, na Suécia, na Alemanha, dentre outros países do centro capitalista<sup>11</sup>. Nas décadas que se seguiram, esse modelo de gestão produtiva se expandiu entre os países periféricos e em desenvolvimento, sendo incorporado ao ambiente industrial brasileiro, a partir da década de 1990.

Dentro deste contexto, filiando-se às proposições sugeridas por Juan J. Castillo - que ao tratar deste novo modo de produção capitalista o intitulou como sendo um processo de “liofilização organizativa”, consistente na eliminação, transferência, terceirização e enxugamento das unidades produtivas – o sociólogo Ricardo Antunes - atendo-se aos seus traços constitutivos e procurando diferenciá-lo do modelo taylorista/fordista – colocou o toyotismo numa configuração de acumulação flexível do capital articulado por um conjunto de elementos de continuidade e de descontinuidade, de modo a refletir um padrão sócio-técnico organizacional, alicerçado por técnicas de força de trabalho peculiares à fase

---

<sup>10</sup> Cf. Taiichi Ohno, *O sistema Toyota de Produção: além da produção em larga escala*, tradução de Cristina Schumacher, Porto Alegre: Bookman, 1997, p. 23-30, *passim*.

<sup>11</sup> Cf. Ricardo Antunes, *O Trabalho e seus sentidos*, p. 4. In: *Os Sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a Afirmação e a Negação do Trabalho*, São Paulo: Boitempo, 1999. Disponível em <<http://www.itcp.usp.br/drupal/files/itcp.usp.br/ANTUNES%20TRAB%20SENTIDOS%20LUIZINHO.pdf>> Acesso em: 20.jun.2012, às 13:11 horas.

informacional, prosperando diante da introdução ampliada de computadores no processo produtivo e de serviços.<sup>12</sup>

O aludido autor, ao adotar uma abordagem crítica em suas reflexões sobre o supradito sistema de produção de mercadorias, chancela<sup>13</sup>:

“Desenvolve-se uma estrutura produtiva flexível, recorrendo frequentemente à deslocalização produtiva, à terceirização, dentro e fora das empresas etc. Utiliza-se de novas técnicas de gestão da força de trabalho, do trabalho em equipe, das “células de produção”, dos “times de trabalho”, dos grupos “semi-autônomos”, além de requerer, ao menos no plano discursivo, o “envolvimento participativo” dos trabalhadores, em verdade uma participação manipulatória e que preserva, na essência, as condições do trabalho alienado e estranhado (Antunes, 1995). O “trabalho polivalente”, “multifuncional”, “qualificado”, combinado com uma estrutura mais horizontalizada e integrada entre diversas empresas, inclusive nas empresas terceirizadas, tem como finalidade a redução do tempo de trabalho. De fato, trata-se de um processo de organização do trabalho cuja finalidade essencial, real, é a da *intensificação das condições de exploração da força de trabalho (sic)*, reduzindo ou eliminando em muito tanto o *trabalho improdutivo*, que não cria *valor*, ou suas formas assemelhadas, especialmente nas atividades de manutenção, acompanhamento, inspeção de qualidade, funções que passaram a ser diretamente incorporadas ao trabalhador *produtivo*. Reengenharia, *lean production*, *team work*, eliminação de postos de trabalho, aumento da produtividade, qualidade total, fazem parte do ideário (e da prática) cotidiana da “fábrica moderna”.”

De outra feita, Pedro Paulo Teixeira Manus, ao construir uma análise sistemática sobre a proliferação do fenômeno terceirizante no âmbito do mercado de trabalho brasileiro, acentua<sup>14</sup>:

“(…) atravessamos um período em que se busca criar e adaptar novas formas de prestação de serviço às exigências de mercado, por meio do processo denominado de terceirização, mas que exige cuidado para não perder de vista a necessária proteção que o Direito do Trabalho deve dispensar aos trabalhadores de forma geral.”

Por todas as razões acima expendidas, não devemos deixar de levar em conta, que ao colidir com toda a estrutura teórica e normativa originária do ramo juslaborativo, esse modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica vem despertando, ao longo dos anos, intensas restrições doutrinárias e jurisprudenciais na área laboral de nossos domínios, que tende a enxergar na modalidade terceirizante, uma forma excetiva de

---

<sup>12</sup> Cf. Ricardo Antunes, em seu artigo: *O Trabalho e seus sentidos*, p. 2-3, retomando as ideias desenvolvidas e apresentadas em obra de sua autoria. In: *Os Sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a Afirmação e a Negação do Trabalho*, São Paulo: Boitempo, 1999, *apud* Juan J. Castillo, *Sociologia del Trabajo*, Madri: CIS, 1996. Disponível em <<http://www.itcp.usp.br/drupal/files/itcp.usp.br/ANTUNES%20TRAB%20SENTIDOS%20LUIZINHO.pdf>> Acesso em: 23.jun.2012, às 19:23 horas.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.4.

<sup>14</sup> Cf. Pedro Paulo Teixeira Manus, *Direito do trabalho*, 5. ed., São Paulo: Atlas, 1999, cit. p. 75.

contratação de força de trabalho, tanto no âmbito da iniciativa privada, quanto na esfera da Administração Pública Direita e Indireta.

## CAPÍTULO II

### TERCEIRIZAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMATIVIDADE E DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA NO BRASIL.

#### 2.1. Escorço Histórico sobre a formação da Normatividade Jurídica acerca da Terceirização no Brasil.

Afora as ligeiras menções celetistas delimitadoras da subcontratação de mão-de-obra, através das figuras da empreitada e subempreitada, consoante previsões dos artigos 455, *caput* e 652, “a”, III, da Consolidação das Leis do Trabalho (instituída pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) – que para determinada parcela da doutrina, em certa medida, podem ser considerados como dispositivos legais incipientes e precursores do futuro processo terceirizante no Brasil<sup>15</sup> - e evidentemente, pela codificação civil pátria de 1916, que regulamentava a empreitada e a prestação de serviços, o processo de terceirização no mercado de trabalho nacional tem evoluído e se desenvolvido ao largo de um esforço de normatização heterônoma estatal. Ao traduzir o desafio que tanto tem impactado a fórmula hegemônica clássica da relação empregatícia bilateral, diga-se, expressamente apregoados nos artigos 2º, *caput* e 3º, *caput*, do nosso diploma consolidado, Mauricio Godinho Delgado tem atribuído à modalidade terceirizante um “(...) exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que se assista a esforço legiferante consistente para se sanar tal defasagem jurídica.”<sup>16</sup>

Nesta toada, podemos afirmar que as primeiras referências legislativas a tratar especificamente sobre a sistemática terceirizante no plano do ordenamento jurídico doméstico – ainda que sem fazer qualquer alusão expressa sobre referida denominação - ocorreram no segmento estatal das relações de trabalho.

Efetivamente, dentro de um quadro propiciado pela reforma administrativa, realizada ao final da década de 1960 e início de 1970, no âmbito das entidades estatais da União, foram expedidos diplomas legais a viabilizar estímulos para a prática de mecanismos tendentes à descentralização administrativa, por meio de contratação de serviços meramente

---

<sup>15</sup> Cf. Mauricio Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, 6 ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 431.

<sup>16</sup> *Ibidem*, cit. p. 433.

executivos e operacionais, através de trabalhadores assalariados por empresas interpostas, componentes do setor privado da economia<sup>17</sup>.

A princípio, foi instituído o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. O artigo 10 da supradita norma dispunha que “(...) a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”. No mais, o §7º do art. 10 trazia em sua redação os seguintes dizeres:

“(…) § 7. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle 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, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”<sup>18</sup>

Sendo desnecessário o empreendimento de maiores esforços em interpretações hermenêuticas de nossa parte, o fato é que através da leitura do preceito normativo supramencionado, torna-se possível extrair a ideia de que, a partir da promulgação do Decreto-lei nº 200/67, as entidades pertencentes à Administração Pública desobrigaram-se do exercício de atividades executivas, incumbindo-se, assim, das tarefas mais preponderantes ao seu escopo, deixando ao alvedrio das empresas contratadas, oriundas da iniciativa privada, a concretização desses serviços mediante a execução indireta de tarefas secundárias ou meramente instrumentais. Eis aqui, ainda que de forma incipiente, a regulação legislativa da figura da terceirização trabalhista no âmbito do setor público. Inobstante a vigência do diploma legal em questão, por algum tempo remanesceram dúvidas quanto à extensão da referida norma autorizativa no tocante ao grupo de tarefas, atividades e funções que poderiam ser objeto da modalidade terceirizante.

Nessa medida, foi promulgada a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, que dentre outras providências, estabeleceu as diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, de maneira a deixar exemplificado, expressamente, alguns dos encargos executivos suggestionados pelo diploma legal anterior, como podemos verificar no disposto do parágrafo único do artigo 3º, da aludida norma heterônoma estatal:

---

<sup>17</sup> Mauricio Godinho Delgado, *loc. cit.*

<sup>18</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)> Acesso em: 26.jun.2012, às 17:55 horas.

“Art. 3º (*omissis*)

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o artigo 10, §7º, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.”<sup>19</sup>

Observe, portanto, que as atividades elencadas na norma heterônoma estatal acima transcrita, representavam um rol exemplificativo de modo que, inquestionavelmente, todas elas se encontravam unificadas pela circunstância de dizerem respeito a atividades instrumentais e de apoio, a frisar, condizentes com a atividade-meio do ente contratante, não havendo, até então, na ordem jurídica interna, qualquer permissivo legal que permeie a prática da terceirização de atividade-fim no âmbito das entidades estatais tomadoras de serviços.<sup>20</sup>

A propósito do tema posto à baila, retendo-nos aos limites que delineiam o presente trabalho, contudo, sem que sejamos furtivos em elucidar questões de extrema relevância à contextualidade do objeto de nossa investigação, imperioso se faz ressaltar que com o advento da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, dispondo sobre o trabalho temporário e, posteriormente, no início da década de 1980, com a promulgação da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, a tratar do trabalho de vigilância bancária, o legislador pátrio regulou normativamente a terceirização junto ao mercado de trabalho privado.

Todavia, como deveras mencionado no capítulo anterior, o modelo terceirizante ascendeu-se de tal monta, que no setor privado da economia nacional a sua expansão desenfreada fez-se muito além dos limites previstos nas hipóteses jurídicas daquelas duas normas estatais trabalhistas.

Isto porque, não obstante a lei do trabalho temporário em vigência tenha trazido em seu bojo uma inflexão limitada, já que desautoriza a terceirização em caráter permanente, produzindo, assim, efeitos transitórios no tempo (cf. art. 2º da Lei nº 6.019/74), a norma ulterior a tratar especificamente de atividades laborais restritas à categoria profissional dos vigilantes bancários (Lei nº 7.102/83), ao contrário, previu para a sistemática terceirizante um caráter contínuo. E não é só. Essa regra jurídica, que inicialmente limitava a terceirização trabalhista estritamente ao setor bancário, recebeu do legislador uma relativa ampliação. Com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994, o aludido modelo

---

<sup>19</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm)> Acesso em: 26.jun.2012 às 18:26 horas. A propósito, cumpre-nos observar que o referido dispositivo legal foi revogado pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997.

<sup>20</sup> Neste mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado. In: *Curso de direito do trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, p.435.

trilateral de relação obreira (terceirização trabalhista) alargou-se também para as atividades de vigilância patrimonial de quaisquer instituições e estabelecimentos públicos ou privados, lastreando-se, inclusive, à segurança de pessoas físicas, além de transporte de valores ou garantia de qualquer outro tipo de carga, consoante previsão da Lei nº 7.102/83, art. 10, incisos I e II, e seus respectivos parágrafos.<sup>21</sup>

Já no âmbito da Administração Pública, temos a salientar que no intuito de regulamentar o dispositivo do art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67, assim como em decorrência da ulterior revogação do parágrafo único do art. 3º, da Lei nº 5.645/70, através da Lei nº 9.527/1997, o legislador, naquele ano, editaria o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Essa última normativa, a tratar sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, deu ao art. 1º, *caput*, e a seus respectivos §§1º e 2º, a seguinte redação:

“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.”<sup>22</sup>

Em certa medida, parece ser possível afirmar que o Decreto nº 2.271/97 representou um determinado avanço na legislação a tratar sobre o modelo terceirizante na Administração Pública Direta e Indireta (ao menos, na esfera federal). Da leitura atenta ao art. 4º, incisos II e IV, que prevê expressamente a vedação de inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a “caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra” (inc.II), bem como a “subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante (inc. IV).”, deduz-se que a referida norma legal

---

<sup>21</sup> Mauricio Godinho Delgado, 2007, p. 431, *et. seq.*

<sup>22</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm)> Acesso em: 26.jun.2012 às 23:32 horas.

pretendeu promover a dicotomia entre os tipos “terceirização de serviços” e “terceirização de mão de obra”.<sup>23</sup>

Conforme reverberado pela doutrina<sup>24</sup>, outras modificações legislativas atinentes ao processo de terceirização vieram a produzir curiosa perplexidade em textos jurídicos do ramo laborativo, caso da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que ao dispor sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), em seu art. 15, §1º<sup>25</sup>, tencionou fundir num mesmo dispositivo legal, tanto a bilateral relação empregatícia típica, que desde tempos longínquos vem pavimentando o cerne do Direito do Trabalho, como a modalidade trilateral de mão-de-obra e prestação de serviços (terceirização). Por certo, consoante exaustiva explanação impregnada no curso do presente trabalho, essa última fórmula conceitual remanesce inequivocamente conflituosa àquela primeira. Resta claro que, inusitado sincretismo produzido pelo legislador pátrio, inquestionavelmente, vem em comunhão ao que constatamos acerca da complexidade e dificuldade que nossa ordem jurídica vem demonstrando no curso do tempo, em absorver pré-citado processo terceirizante.

No que tange a evolução normativa constatada ao longo dos últimos anos, a considerar as regras jurídicas hoje vigentes, há de se observar que na seara juslaborativa, a Lei nº 8.949, de dezembro de 1994 acrescentou ao art. 442 do estatuto consolidado, parágrafo único, tendo aparentemente introduzido nova hipótese à modalidade terceirizante, de maneira a provocar - ao menos no aspecto pragmático da cultura trabalhista - o surgimento de uma relevante prática de terceirização de mão-e-obra e serviços à fórmula cooperativista de trabalho.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Cf. Márcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim, *Terceirização: Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques*. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar.2011, cit. p. 68-69. Disponível em <<http://www.tst.gov.br/documents/1295387/1313002/3.+Terceiriza%C3%A7%C3%A3o+-+aspectos+gerais.+A+%C3%BAltima+decis%C3%A3o+do+STF+e+a+S%C3%BAmula+n.+331+do+TST.+Novos+enfoque>> Acesso em: 26.jun.2012 às 23:54 horas.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 437-438.

<sup>25</sup> A propósito, transcrevemos, aqui, a redação do § 1º do art.15 da Lei nº 8.036/90: “Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm)> Acesso em: 26.jun.2012 às 23:41 horas.

<sup>26</sup> Para um maior aprofundamento sobre o tema, recomendamos a leitura da obra de Mauricio Godinho Delgado. In: *Curso de direito do trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, Cap. X, item IV, p.328-333.

## **2.2. Construção jurisprudencial trabalhista e os limites jurídicos à Terceirização na Administração Pública.**

No subitem anterior, tivemos a oportunidade de examinar, com razoável minuciosidade, o estabelecimento cronológico seguido pela normatização legislativa estatal brasileira no tangente ao fenômeno da terceirização.

Em decorrência da proeminente intensificação da modalidade terceirizante à realidade socioeconômica brasileira, a partir dos anos 70 do século passado, justamente numa fase condicional tendenciosa a perenidade daquela circunstância, ao que parece, o referido fenômeno ratificou-se em nossos domínios, incorporando-se, obrigatoriamente, na pauta de estudiosos do tema, como sociólogos, economistas, líderes sindicais, cientistas políticos, despertando especial atenção dos operadores do direito.

É preciso salientar, no entanto, que o parco arcabouço normativo a tratar sobre referido tema, como visto, mostrou-se insuficiente. A generalizante prática da terceirização no mercado de trabalho pátrio refletia o contraste acerca da necessária formulação de normas delimitadoras a refrear o fenômeno, cuja inocuidade legislativa caminhava em sentido contrário à proteção do então pavimentado modelo empregatício das relações de trabalho.

Na verdade, a terceirização se desenvolveu em ambiente conjuntural socioeconômico onde a frequência dessas novas práticas da força de trabalho alcançava proporções cada vez mais significativas no campo do mercado laborativo interno. Era perceptível constatar o lastro que referida modalidade terceirizante tomou no segmento privado da economia nacional, tal qual ocorrera com as atividades menos qualificadas dos setores de produção e de serviços, abarcando, ilustrativamente, o trabalho de conservação e limpeza, predominantemente submetido ao modelo trilateral das relações de trabalho, em amplitude jamais vista no país.

Decerto que a inflexão dessa novel atividade terceirizante significou a desestabilização da tradicional bilateralidade presente nas relações de emprego, de modo que essa fenomenologia impactou, no desenrolar das últimas décadas, em significantes

desdobramentos na normatividade jurídica a perquirir a necessidade de uma construção jurisprudencial para dissipar [ou ao menos atenuar] a problemática instaurada.

Sem que tenha merecido um cuidadoso e acurado esforço legiferante acerca do tema, o laconismo dessas regras legais, que gravitavam em torno de tão relevante fenômeno sócio-jurídico, obrigou e conduziu os tribunais trabalhistas de todo o país – a partir dos anos de 1980 e 1990 - a debruçar numa intensificada atividade hermenêutica, redundando em uma multiplicidade de interpretações jurisprudenciais ao alcance de uma melhor assimilação e compreensão daquele desencadeador processo paradigmático [agora também] vigente no cenário econômico, político, social e normativo de nossos domínios territoriais.

A esse respeito, transcrevemos abaixo, as eloquentes palavras de Mauricio Godinho Delgado<sup>27</sup>:

“Como é comum ao conhecimento acerca de fenômenos novos, um certo paradoxo também surge quanto ao estudo do presente caso. É que se tem, hoje, clara percepção de que o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica trabalhista do país. Falta, contudo, ao mesmo tempo, a mesma clareza quanto à compreensão da exata dimensão e extensão dessas transformações. Faltam, principalmente, ao ramo justaltrabalhista e seus operadores os instrumentos analíticos necessários para *suplantar a perplexidade e submeter o processo sociojurídico da terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho (sic)*, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental.”

Inserido neste contexto, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST), na busca de uma uniformização do entendimento jurisprudencial sobre o tema, editou a Súmula nº 256, nos seguintes termos:

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (Res. 4/1986, DJ 30.9.1986).”

Todavia, o enunciado em questão sofrera severas críticas advindas de uma considerável parcela da doutrina especializada no ramo juslaborativo que, durante um pouco mais que meia década, a partir de sua edição, e sob uma análise sistemática acerca do fenômeno terceirizante no mercado de trabalho brasileiro, tenderam a considerar que o C.TST

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 432-433.

deu à ela, uma interpretação equivocada e generalista. Vejamos algumas considerações a respeito.

Onofre Carlos de Arruda Sampaio exarou opinião no sentido de que nem todas as empresas prestadoras de serviços terceirizados encontravam-se objetivadas ao desvirtuamento e consolidação de fraude à legislação trabalhista. Para o renomado jurista, não apenas as empresas ligadas a trabalhos pouco qualificados e “(...) limitadas às atividades de baixo nível intelectual, meramente braçais, como limpeza e vigilância (...)” elegeram a modalidade terceirizante como meio de empregar a força de trabalho, mas, sobretudo “(...) todos os campos [da economia] como as que fornecem serviços de alimentação, de programação para computadores, assistência médica, odontologia, assistência técnica para equipamentos, manutenção elétrica, etc.”<sup>28</sup>

De outra feita, Amador Paes de Almeida ressaltou<sup>29</sup>:

“(...) em nenhum momento quis o Enunciado transcrito eivar de nulidade a verdadeira terceirização, que consiste na contratação de empresas prestadoras de serviços para a realização das operações secundárias, ainda que permanentes, assim consideradas, como já se frisou, aquelas que não se relacionem com a atividade-fim.”

Outro especialista que se manifestou indignado com o conteúdo redacional da súmula 256, foi Octávio Bueno Magano<sup>30</sup>, para quem o C.TST, ao se valer de referido entendimento jurisprudencial “(...) mostrou-se inteiramente divorciado da realidade palpitante em nossos dias, em que sobressai o fenômeno da cooperação entre empresas, explicável pelas exigências da técnica e pela exacerbação da concorrência.”

Através de uma visão panorâmica em torno da contextualidade de nosso mercado obreiro, o autor observa que a incrustação da terceirização da força de trabalho na atualidade, adicionado à concorrência interempresarial cada vez mais aguçada, tende a condicionar a empresa ao aumento de sua produtividade, de modo que, conseqüentemente,

---

<sup>28</sup> Cf. José Ribeiro de Campos, *Aspectos da Terceirização e o Direito do Trabalho*, p. 302 *apud* Onofre Carlos de Arruda Sampaio. In: *Na contramão da história*. São Paulo: Suplemento trabalhista LTr, nº 18, 1987, cit. p. 110. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/viewFile/496/494>> Acesso em: 29.jun.2012 às 11:52 horas.

<sup>29</sup> Cf. Amador Paes de Almeida, *A terceirização no direito do trabalho: limites legais e fraudes à lei*. In: CARDONE, Marly A.; SILVA, Floriano Vaz da. (Orgs.). *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo: LTr, 1993, cit. p. 37.

<sup>30</sup> Cf. Octávio Bueno Magano, *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992, cit. p.60.

essa situação sobreleva o empresariado “(...) a se especializar e a adquirir, no campo de sua especialização, dimensão que lhe permita o uso intenso da técnica [terceirizante].”<sup>31</sup>

De um modo geral, a orientação sumular em comento foi recepcionada pela comunidade acadêmica e jurídica juslaborativa da época com intensas e rigorosas restrições. Em sua quase unanimidade, a doutrina abalizada quedou-se ao entendimento de que a Corte Maior trabalhista (TST) agiu com exorbitação, desatendendo, portanto, um dos postulados mais relevantes do Direito, qual seja, a total observância para a real função integrativa e formuladora do Direito, de modo que sempre caberá à jurisprudência, o precípua papel de empregar a exata flexibilidade que a lei não pode dar, cabendo a ela, cumprir rigorosamente o exame de todas as facetas de cada caso concreto posto ao crivo do julgador.<sup>32</sup>

Não obstante toda a repercussão negativa, assim como as contundentes críticas oriundas da doutrina, aperceba-se que a aludida Súmula 256, do C. TST trouxe no bojo de sua redação uma vertente orientativa a considerar ilícita a prática de toda e qualquer terceirização perpetrada fora das alternativas previstas nas Leis 6.019/74 e 7.102/83. Entretanto, deixava de fazer qualquer referência às claras e expressas exceções permissivas contidas no já comentado art. 10 do Decreto-lei nº 200/67 e nas previsões da Lei nº 5.645/70 – comandos legais estes direcionados especificamente aos administradores públicos – de modo a comprometer a sua própria absorção pelos operadores jurídicos.

Essa situação se agravou com a posterior proibição constitucional, oriunda da Carta Magna de 1988, que no seu art. 37, II e §2º, vedou expressamente a admissão de trabalhadores, pelos entes estatais, sem o prévio concurso público de provas ou de provas e títulos, vulnerando, sobremaneira, toda a estrita compreensão acerca deste malogrado verbete sumular trabalhista.

Diante de um cenário de inconciliáveis circunstâncias judiciais e de patente insegurança jurídica instaurada no cerne da controvérsia sobre o tema da terceirização trabalhista, além da vertiginosa polêmica que sempre circundou a aplicação judicial do entendimento consubstanciado no enunciado em comento, o Órgão Especial do Tribunal

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p.60.

<sup>32</sup> Nesse mesmo sentido, posiciona-se Marly A. Cardone. In: *A terceirização e seus reflexos no direito do trabalho*. São Paulo: Revista de direito do trabalho, n. 80, 1992, p.22.

Superior do Trabalho, através da Resolução nº 23/1993, se viu obrigado a promover a revisão da supra aludida Súmula nº 256, substituindo-a pela ulterior Súmula nº 331, cuja edição e publicação no Diário de Justiça da União, ocorreu em 21 de dezembro de 1993.

A esse respeito, José Ribeiro de Campos relembra que a promoção revisional do antigo entendimento jurisprudencial apregoado na Súmula nº 256, partiu de requerimentos efetuados pelo Ministério Público do Trabalho. Ante as divergências interpretativas decorrentes de múltiplas decisões judiciais em torno do real alcance daquele enunciado, no tocante à contratação e prestação de serviços por órgãos da Administração Pública - proferidas pelas Varas do Trabalho e pelos órgãos colegiados dos diversos tribunais regionais trabalhistas distribuídos pelo território nacional – inquéritos civis públicos foram instaurados contra os principais bancos oficiais do país, tais como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal. Sob a alegação de ter se valido de contratações ilícitas e de fraude à legislação trabalhista, o Banco do Brasil S/A firmou termo perante a Procuradoria Geral do Trabalho, comprometendo-se a regularizar, no prazo de 240 dias, contratações terceirizantes consideradas ilegais, abrindo concurso público para as atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica e digitação. Contudo, dificuldades surgiram em relação às atividades de limpeza, pois, em virtude da falta de adequação técnica dos candidatos aos cargos disputados, ante a inexigência de escolaridade e por se tratar de funções desprovidas de caráter técnico, houve o temor de que pessoas qualificadas viessem a ser aprovadas apenas com o fulcro objetivo de ingressar naquela instituição bancária, galgando, posteriormente, outros postos de trabalho, de modo que, por consequência, aquelas atividades para as quais prestaram concurso restariam desatendidas.<sup>33</sup>

Por todas essas razões, o C. TST, despendendo maior acuidade na elaboração do texto redacional, editou a nova Súmula nº 331, verbete sumular este que se integrou na seara jurisprudencial juslaborativa, composta de quatro incisos, conforme transcrevemos abaixo:

“I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.1974).

---

<sup>33</sup> Cf. José Ribeiro de Campos. In: *Aspectos da Terceirização e o Direito do Trabalho*, p.304. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/viewFile/496/494>> Acesso em: 02.jul.2012 às 12:16 horas.

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direita, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição Federal de 1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (Res. 23/1993, *DJ*, 21.12.1993).”

Ao fazermos uma exegese sobre a nova orientação trazida no corpo do verbete sumular supracitado, poderemos notar que, indiscutivelmente, a mais significativa reformulação corresponde à distinção entre “atividades-fim” - conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam no núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços e “atividades-meio” – caracterizadas por atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços terceirizantes, de maneira a destacar a inequívoca aferição sobre licitude e ilicitude da terceirização pactuada.<sup>34</sup>

Da análise específica do inciso II da Súmula 331, é possível aperceber-se de que, naquela oportunidade, o C.TST buscou absorver a vedação constitucional quanto à inviabilidade jurídica de reconhecimento da relação empregatícia com entidades estatais, ainda que configurada a ilicitude da prática terceirizante no âmbito da Administração Pública Direita, Indireta ou fundacional. Tudo em observância ao inarredável requisito formal de investidura em cargo ou emprego público através de prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego público a ser ocupado, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, consoante previsão do art. 37, II da Constituição da República de 1988, que pretendeu estabelecer, para tais situações, uma garantia em favor de toda a sociedade. Isso demonstra que o texto constitucional pretendeu reforçar observância à garantia do interesse da coletividade em sobreposição aos interesses particulares ou de uma determinada categoria de pessoas.

Entretanto, conforme observa a doutrina especializada juslaborativa<sup>35</sup>, a jurisprudência pertinente à área do Direito do Trabalho não foi capaz de solver inteiramente o problema, visto que o texto do supramencionado verbete sumular deixou de responder com

---

<sup>34</sup> Neste mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, p.440-443.

<sup>35</sup> Cf. Mauricio Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, p.440 *et seq.*

precisão sobre a totalidade dos efeitos da terceirização praticada por entes da Administração Pública.

Neste diapasão, três posições interpretativas surgiram no intento de colmatar a celeuma instaurada: A primeira corrente arrimou-se na ideia de que em decorrência da proibição constitucional, a terceirização ilícita praticada por entidades públicas jamais poderia gerar relação empregatícia com o trabalhador que dispensou sua força de trabalho junto àquele tomador de serviços, de modo a restar configurada a inaptidão do ente público em produzir qualquer diferença juslaborativa em benefício do obreiro ilicitamente contratado através da modalidade terceirizante. A segunda vertente - em posição diametralmente oposta - ao desconsiderar o comando vedatório constitucional, vem ao sustento de que a prática ilícita não poderia favorecer aquele que por ela fora economicamente beneficiado, a saber, o ente público contratante de serviços terceirizados, de maneira que todos os atos praticados consubstanciar-se-iam convalidados, conferindo-se, assim, validade jurídica ao vínculo havido com a entidade estatal tomadora de serviços desde o início da relação socioeconômica convencionada. A terceira vertente interpretativa – sendo aquela que relativamente mais se filiou à nossa jurisprudência dos últimos anos – depositou à primeira posição hermenêutica, o mérito de conferir inquestionável negativa constitucional ao vínculo de emprego, sem o requisito prévio do concurso público. Contudo, padece da omissão em compreender que a ordem jurídica pode confiar tratamento privilegiado ao ato ilícito. Já a segunda corrente se mostraria exitosa em buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não viesse a favorecer de forma desmedida o ente público tomador de serviços terceirizantes beneficiado pelo trabalho realizado, mas, em contrapartida, “(...) padece da falha de fazer absoluta *tabula rasa (sic)* do texto constitucional, negando qualquer mínima eficácia à salutar vedação nele contida.”<sup>36</sup>

Mesmo essa última corrente - intermediária e mitigadora das precedentes linhas interpretativas acima mencionadas - não se mostrou apta a resolver o dilema em torno de uma compatibilização e harmonização entre a vedação constitucional prevista no art. 37, II e §2º da Carta Republicana de 1988 e outros relevantes princípios constitucionais importantes tanto quanto a regra proibitiva em comento. A título de exemplo, poderíamos citar o preponderante princípio da isonomia (previsto na primeira parte da cabeça do art. 5º e inciso I, CF/88); o princípio nuclear da dignidade da pessoa humana e da prevalência da ordem

---

<sup>36</sup> Cf. Mauricio Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, p.447-449, *passim*.

jurídica em torno dos valores e direitos sociotrabalhistas (arts. 1º, incisos III e IV, CF/88); os objetivos fundamentais republicanos da solidariedade, da erradicação da pobreza e da marginalização, além do princípio da promoção do bem-estar social (art. 3º, incisos I, *in fine*, III, *ab initio* e IV, CF/88); do princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); dos direitos sociais (arts. 6º, 7º, *caput*, e incisos IV, VII, X, XXXII, CF/88); dos princípios gerais que regem a atividade econômica (art. 170, *caput* e incisos VII e VIII, CF/88), dentre tantos outros expressos na Carta Fundamental vigente.

Todos esses preceitos constitucionais vêm em comunhão de um esforço empreendido pelo legislador constituinte (originário e/ou derivado) ao cancelar a tutela dos direitos sociais do trabalhador, de maneira a sublinhar, sobretudo, toda a perseverança e contribuição da filosofia jurídica juslaborativa na pavimentação de postulados que privilegiam o afastamento dos perversos e nefastos efeitos discriminatórios verificados pelo processo fenomênico da terceirização, bem como ao atendimento da manutenção do que o jurista e doutrinador Mauricio Godinho Delgado suscitou como sendo o controle civilizatório do processo terceirizante pelo ordenamento jurídico brasileiro, em prestígio da proteção garantidora dos direitos do trabalhador hipossuficiente.<sup>37</sup>

Há de consignar, todavia, que no intento de corrigir tal distorção, o Tribunal de Contas da União (TCU), através da Decisão nº 25/2000 (Ata nº 02/2000, publicada no Diário Oficial da União em 04.02.2000)<sup>38</sup>, passou a adotar entendimento jurisprudencial no sentido de proibir práticas terceirizantes, no âmbito da Administração Pública, que não estivessem enquadradas ao preceito legal insculpido no §2º, do art. 1º do Decreto nº 2.271/97, cujo texto legal veda expressamente a inclusão de cláusulas contratuais que tenham por objeto a execução indireta de atividades atinentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade do quadro geral de pessoal. Conclui-se, portanto, que quaisquer práticas terceirizantes distintas daquelas pertinentes a atividade-meio e que não se enquadrassem às hipóteses legais previstas na legislação supracitada, configurar-se-iam, desta feita, na ilicitude perpetrada pelo ente público tomador de serviços.

---

<sup>37</sup> Para um maior aprofundamento sobre o tema, recomendamos a leitura da obra de Mauricio Godinho Delgado. In: *Curso de direito do trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, Cap. XII, item VII, p.463-472, *passim*.

<sup>38</sup> A propósito, informamos que o inteiro teor do acórdão relativo à Decisão nº 25/2000, do C.Tribunal de Contas da União encontra-se disponível em <[https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%2825/2000%29\[IDTD\]\[B002\]+e+plenario\[IDTD\]\[B002\]&templ=formatado\\_99](https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%2825/2000%29[IDTD][B002]+e+plenario[IDTD][B002]&templ=formatado_99)> Acesso em: 07.jul.2012 às 13:10 horas.

A propósito, veja os apontamentos de José dos Santos Carvalho Filho<sup>39</sup> a esse respeito:

“É inteiramente legítimo que o Estado delegue a terceiros algumas de suas *atividades-meio (sic)*, contratando diretamente com a sociedade empresária, à qual os empregados pertencem. É o caso dos serviços de conservação e limpeza e de vigilância. Aqui, trata-se de *terceirização lícita (sic)*. Vedado se afigura, entretanto, que delegue *atividade-fim (sic)*, como é o caso de funções institucionais e próprias dos órgãos públicos. Nesse caso, a Administração simula a intermediação de mão-de-obra, numa evidente contratação de locação de serviços individuais e, com isso, procede a recrutamento ilegal de servidores (*terceirização ilícita*). Em várias ocasiões, esse tipo de contratação tem sido anulado pelos órgãos de controle, inclusive Tribunais de Contas.”

No entanto, até aquele momento, a Justiça do Trabalho não havia encontrado uma solução definitiva para as reiteradas práticas ilícitas na contratação de serviços e mão-de-obra terceirizada pelos órgãos e entidades do poder público em geral. Significa dizer que no contexto de práticas ilícitas terceirizantes constatadas, a Administração Pública Direita e Indireta se encontrava absolutamente imune ao ônus da Responsabilidade Civil. Portanto, advirta-se que nada obstante a prática da terceirização já tenha sido corporificada no expediente administrativo e nos procedimentos dos inúmeros órgãos e entidades que compunham a gigantesca máquina administrativa estatal, em verdade, as contradições acerca do fenômeno em comento, no âmbito do poder público, ganhavam dimensões fático-jurídicas vergonhosamente desarrazoadas.

Noutras palavras, enquanto, num extremo o Poder Público se beneficiava de toda e qualquer desvinculação responsabilizatória no uso da modalidade terceirizante, de outra banda, empresas pertencentes ao setor privado da economia que fossem flagradas em contratações ilícitas de serviços e de mão-de-obra terceirizada concorreriam subsidiariamente pelas obrigações descumpridas (cf. inciso IV da Súmula 331, do TST, aprovado pela Resolução nº 23/1993, *DJ*, 21.12.1993).

Na prática, estávamos diante de uma notória e inescandível corrosão dos relevantes princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88).

---

<sup>39</sup> Cf. José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 22. ed., rev., ampl. e atual.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, cit. p. 179. Vide trabalho de sua autoria, “*Terceirização no setor público: encontros e desencontros*.” In: *Terceirização na Administração*, org. Cristiana Fortini, Ed. Fórum, 2009, p. 38-62.

Até que em 11 de setembro de 2000, ao analisar recurso processual interposto pelo Banco do Brasil S.A, em face de trabalhadora inserida em práticas de trabalho terceirizado, o então Ministro Milton de Moura França [aposentou-se no mês de março do ano corrente], relator dos autos processuais, veio a suscitar, perante a Egrégia Quarta Turma do C. TST, o Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Recurso de Revista nº TST-IUJ-RR-297.751/96.2, com o fulcro objetivo de aplicar aos órgãos da Administração Pública inadimplentes em contratos de terceirização, o inciso IV do verbete sumular nº 331, do C.TST.

Para tanto, haveria de ficar cabalmente demonstrado que a entidade estatal contratante de serviços ou de mão-de-obra sob a modalidade terceirizante, agira em típica culpa *in vigilando*, consoante podemos examinar da leitura da ementa reproduzida abaixo:

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

Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando (sic), a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente (sic), seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências (sic) do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.”<sup>40</sup> (*grifos nossos*)

---

<sup>40</sup> O inteiro teor do referido julgamento (acórdão) encontra-se disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20297751-31.1996.5.04.5555&base=acordao&numProcInt=83959&anoProcInt=1996&dataPublicacao=20/10/2000%2000:00:00&query=>> Acesso em: 02.jul.2012 às 20:46 horas.

Saliente-se que na ocasião do encaminhamento dos autos à Comissão de Jurisprudência daquela Corte Superior Trabalhista, o órgão colegiado apresentou em seu parecer a sugestão de duas alternativas, ao fito de promover a reformulação do inciso IV do verbete sumular acima aludido, nos termos abaixo transcritos:

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

“2ª Alternativa: IV - Exceto quanto a órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”<sup>41</sup>

Com efeito, muito embora naquela oportunidade a Procuradoria Geral do Trabalho tenha se posicionado favoravelmente à segunda alternativa, de fato, os Ministros do C.TST optaram pela outra proposição apresentada ao deslinde daquele imbróglio jurídico. Posta a matéria ao exame do Plenário, por votação unânime daquela Corte, prevaleceu a primeira alternativa apresentada.

Em virtude do todo acima explanado, o texto final do citado inciso IV do enunciado nº 331, do C.TST, aprovado pela Resolução nº 96/2000 e publicado no Diário Oficial da Justiça (DJ) em 18, 19 e 20 de setembro de 2000, trouxe a seguinte alteração em seu aspecto redacional:

“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 conste também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666. de 21.06.1993).”<sup>42</sup> (grifos nossos)

---

<sup>41</sup> Disponível em

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20297751-31.1996.5.04.5555&base=acordao&numProcInt=83959&anoProcInt=1996&dataPublicacao=20/10/2000%2000:00:00&query=>>

> Acesso em: 02.jul.2012 às 20:52 horas.

<sup>42</sup> Cf. Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchíades Rodrigues Martins, *Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 683.

Dentro deste contexto há de asseverar que diante do procedimento licitatório, o gestor administrativo sempre deverá ater-se aos fundamentais princípios administrativos que regem a República, de modo que em ocorrendo o inadimplemento da empresa intermediadora de mão-de-obra ou serviços terceirizantes, certamente haverá de ser imputada à entidade ou órgão do Poder Público a responsabilização pela ilicitude perpetrada, sobretudo, em observância ao mandamento previsto no art.37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que determina dentre outros, o atendimento à moralidade administrativa.

Como se não bastasse, a própria Lei de Licitações (Lei nº. 8.666/93), em seu art. 71, parágrafo 2º, determina expressamente a responsabilização da Administração Pública na forma solidária com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução contratual.

Mas, apesar dessa importante imposição legal, torna-se cada vez mais frequente a constatação de empresas interpostas que ambicionadas em atender os requisitos editalícios e vencer o processo licitatório junto aos órgãos ou entidades públicas tomadoras de serviços ou mão-de-obra na modalidade da terceirização<sup>43</sup>, ao apresentar o menor valor dentre as concorrentes inscritas no certame, deixam de adimplir os futuros direitos trabalhistas dos seus empregados, dando azo à configuração do fenômeno intitulado pela doutrina como *dumping social*<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> A propósito, reproduzimos o inteiro teor do Enunciado nº 11, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (Brasília, 23.11.2007). Enunciado nº 11. “TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.” Disponível em <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireiro.pdf>> Acesso em 10.jul.2012, às 13:12 horas.

<sup>44</sup> A respeito do tema relativo ao denominado *dumping social*, reproduzimos o inteiro teor do Enunciado nº 4, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em Brasília, no dia 23.11.2007: “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, §1º, da CLT.” Disponível em <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireiro.pdf>> Acesso em 10.jul.2012, às 13:21 horas.

## **CAPÍTULO III**

### **TERCEIRIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

#### **3.1. ADC 16: O conflito aparente entre a Lei de Licitações e a Súmula nº 331, do TST. Implicações jurídicas acerca da declaração de constitucionalidade do §1º, art.71, da Lei 8.666/93.**

No capítulo anterior tivemos a oportunidade de analisar que a insuficiência de uma normatividade jurídica decorrente de uma incauta inércia do Poder Legislativo, bem como a constatação de uma patente ambiguidade nas poucas legislações vigentes sobre tão complexo e singular temática a envolver o trabalho terceirizado, além da disseminada prática no âmago de nossa sociedade contemporânea de aludida modalidade a resultar na precarização da força de trabalho interna – tanto na esfera do poder público como no setor privado – tem impulsionado a doutrina e os tribunais da área juslaborativa de todo o país, respectivamente, a um extenuante e árduo esforço em propiciar uma gradual construção dogmática e jurisprudencial sobre o objeto de estudo em análise.

Como é de nosso conhecimento, a Ciência Jurídica em muito se distancia das obviedades verificadas nas mais variadas disciplinas pertencentes às Ciências Exatas.

A proposta construída ao largo de intenso debate jurisprudencial, a incorporar para toda a ordem jurídica justralhista à reformulação do inciso IV, do verbete sumular nº 331 (aprovada pela Resolução nº 96/2000), deixou para a comunidade jurídica em geral a impressão de que ao estabelecer a responsabilização subsidiária dos órgãos e entidades estatais, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho havia, enfim, assimilado e equacionado as hipóteses de terceirização naqueles moldes de contratação laboral, pondo termo as graves consequências jurídicas oriundas daquela controvérsia que por tantos anos havia tomado de exacerbadas preocupações os operadores jurídicos do país.

Mas, em razão da mutabilidade das relações sociais, uma nova polêmica exsurge revigorada no palco jurídico nacional, causando enormes inquietações no cenário social, político, jurídico e jurisprudencial brasileiro, perpetrando, sobretudo, viscerais perplexidades àqueles que militam na área especializada trabalhista.

Enfatize-se que por conta da sessão plenária realizada em 24 de novembro de 2010, o Pleno do Excelso Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na retomada do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, ao adentrar na análise de mérito da questão posta à controvérsia, em acolhimento aos pedidos formulados na exordial<sup>45</sup>, proferiu decisão por votação majoritária, favoravelmente à declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei Federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Reproduzimos abaixo a ementa do acórdão em voga, publicado no Diário da Justiça em 09 de setembro de 2011<sup>46</sup>:

“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.”

A oportunidade nos leva ao esclarecimento de que a Lei Federal nº. 8.666/93 foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em amparo à regulamentação do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988<sup>47</sup>, instituindo regras para disciplinar os procedimentos licitatórios e contratos administrativos mantidos pela Administração Pública Direita e Indireta, no âmbito da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

---

<sup>45</sup> Em sede de petição inicial, o Autor pleiteou concessão de medida liminar para que o Supremo Tribunal Federal viesse determinar aos juízes e Tribunais de todo o país, a imediata suspensão dos efeitos jurídicos, com eficácia *ex tunc*, até o julgamento final da aludida ação declaratória de constitucionalidade (ADC nº 16-DF), de quaisquer decisões judiciais já proferidas, a qualquer título, bem como, de todos os processos em trâmite que envolvesse a aplicação do inciso IV, do enunciado nº 331, súmula de jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e que implicassem no impedimento ou afastamento da eficácia do art. 71, §1º, da Lei Federal nº. 8.666/93.

<sup>46</sup> ADC 16-DF, Rel. Min. Cezar Peluso (Data de publicação – DJE de 09.09.2011 – Ata nº 131/2011, DJE nº 173, divulgado em 08.09.2011). Andamento processual disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>> Acesso em 10.jul.2012, às 17:09 horas.

<sup>47</sup> A propósito, o Art. 37 (...), inciso XXI, da CF/88 prevê que: “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.”

Note-se que ao depreendermo-nos da leitura do artigo 71, §1º, da supradita Lei nº 8.666/93<sup>48</sup> – intitulada Lei de Licitações - dá-se a entender que o seu texto pretendeu aparentemente excluir dos órgãos e entidades estatais terceirizantes o vínculo responsabilizatório contextualizado no [agora] reformulado inciso IV do verbete sumular 331, do C.TST. Transcrevemos abaixo, o seu conteúdo redacional:

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

§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)” (grifos nossos)

Sobre o tratamento jurídico a ser dispensado ao dispositivo legal supra, há na doutrina publicista quem defenda a isenção da Administração Pública em arcar com a responsabilidade por encargos e dívidas pessoais contraídas pelo contratado.

Marçal Justen Filho<sup>49</sup> parece se direcionar nesse sentido ao esboçar específico comentário sobre o §1º, do art. 71, da Lei de licitações e contratos administrativos:

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

Aliás, há aqui de se mencionar que foi assentado nesse exato entendimento interpretativo que o Ministro Marco Aurélio de Mello direcionou o seu voto quando, na primeira sessão plenária a tratar do julgamento da ADC 16-DF, realizada em 10 de setembro de 2008, ao dissentir dos fundamentos preambularmente exarados pelo Relator [num primeiro momento, o Ministro Cezar Peluso entendeu ser incognoscível os pedidos formulados na inicial e que pelos fundamentos de seu voto propugnaria, naquela ocasião, pelo indeferimento da petição inicial, haja vista que o Autor configurava-se carecedor da ação] – em sentido contrário, ao abrir divergência, admitira a continuidade do feito.

---

<sup>48</sup> Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm) > Acesso em: 04.jul.2012, às 17:04 horas.

<sup>49</sup> Cf. Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed., São Paulo: Dialética, 2005, cit. p. 563.

Naquela ocasião o Ministro subsumiu que a matéria de fundo posta em questão exsurgiria de “(...) conflito, pelo menos aparente, entre a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei de Licitações, colocando-se em segundo plano (...)”, frise-se, “(...) norma expressa, categórica, clara, precisa, a revelar que a tomadora de serviços – serviços terceirizados – não tem responsabilidades, considerados (*sic*) os ônus trabalhistas.”<sup>50</sup>

Exaltamos, entretanto, que a jurisprudência dominante justralhista, até aquele momento, vinha se posicionando no sentido de não conferir guarida à tese legal de irresponsabilidade do Estado e dos respectivos órgãos e entes públicos em face dos resultados trabalhistas oriundos das práticas terceirizantes pactuadas.

Considerando as essenciais particularidades que sempre alicerçaram o Direito do Trabalho, o certo é que na seara jurisprudencial juslaborativa o aspecto responsabilizatório das entidades estatais terceirizantes firmou-se no arrimo do fundamental preceito constitucional da responsabilidade objetiva do Estado, consoante disposto no art. 37, §6º, da Constituição da República de 1988, cuja transcrição redacional, se torna imperiosa ao melhor esclarecimento do leitor:

“Art. 37 (*omissis*)

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

Cumpre-nos esclarecer, em breve síntese, que a forma responsabilizatória objetiva do ente estatal, nos moldes atuais, adveio de uma larga construção doutrinária civilista, acrescida de um acentuado processo evolutivo com base em relevante formulação teórica publicista, que a partir do estabelecimento do Estado de Direito, passou a conferir ao ente estatal o poder-dever de arcar com os riscos naturais provenientes de suas numerosas atividades, resultando, por consequência, no surgimento da teoria do risco administrativo<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Cf. comentário do Ministro Marco Aurélio em voto proferido na ADC 16-DF, Rel. Min. Cezar Peluso (Data de publicação – DJE de 09.09.2011 – Ata nº 131/2011, DJE nº 173, divulgado em 08.09.2011). Observação: O inteiro teor do acórdão encontra-se disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em: 06.jul.2012, às 17:23 horas.

<sup>51</sup> A propósito do tema envolvendo a teoria do risco administrativo, o administrativista José dos Santos Carvalho Filho nos adverte que dentro dessa noção, não há de se considerar a imputabilidade de responsabilização civil genérica e indiscriminada à Administração Pública, pois que em havendo participação total ou parcial do terceiro lesado para o evento danoso contra si, na primeira hipótese o Estado estaria desincumbido de arcar com qualquer reparação, ao passo que na segunda situação, o ente estatal terá atenuação no que consiste na sua obrigação de indenizar. In: *Manual de Direito Administrativo*, 22. ed., rev., ampl. e atual.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 524.

O fato administrativo ocorre nas hipóteses assim consideradas, como qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, particular ou coletiva, independentemente de o agente atuar fora de suas funções, desde que a pretexto de exercê-las, o fato seja considerado como administrativo, resultando no mínimo da má escolha do agente público.

Nesse sentido, ao se verificar a prática da terceirização pela entidade ou órgão estatal com empresa terceirizante inidônea, mesmo que a seleção tenha sido firmada com respeito aos requisitos editalícios de um processo licitatório, certamente estaríamos diante da denominada culpa *in eligendo*. Mas, se estivermos diante de uma má fiscalização das obrigações contratuais já pactuadas entre o tomador de serviços pertencente ao poder público e o empregador terceirizado (empresa prestadora de mão-de-obra e serviços terceirizados) no período vigente de efetiva terceirização, configurada estará a intitulada culpa *in vigilando* (v.g. na hipótese de não observância dos arts. 67, 77, 78, incisos VI e VII, 79 e 87, III, todos, da Lei nº 8.666/93).

Destaque-se que a simbiose dessas duas importantíssimas teorias edificadas pela doutrina, vem em benefício do terceiro que ao se deparar com prejuízos advindos de conduta administrativa danosa, terá, conseqüentemente, facilitado o direito de reparação indenizatória em decorrência de danos imputados aos agentes ou prepostos a serviço do Poder Público, independentemente da comprovação de culpa destes últimos em relação ao lesado.

Portanto, em se constatando hipótese específica de responsabilidade objetiva estatal, não há de sequer falar em conduta culposa exercida pelo agente ou preposto investido no exercício de atividades voltadas à Administração Pública. Desse modo, ao dispensar a verificação do fator “culpa” em relação ao fato danoso causado a terceiro, por decorrência lógica, tal responsabilidade passaria a incidir tanto para os fatos lícitos como para os fatos ilícitos, bastando ao lesado comprovar a relação causal entre o fato e o dano. Neste caso, a culpa serviria tão somente para fixar o direito de regresso do Estado contra o responsável direto pelo evento danoso.

Cumpre-nos enfatizar, todavia, que a teoria do risco administrativo amolda-se sob um aspecto mitigador, visto que em se constatando a culpa exclusiva ou concorrente da

vítima, a Administração Pública terá a sua responsabilidade afastada no primeiro caso e diminuída na segunda suposição.<sup>52</sup>

Veja, ainda, que a própria legislação ordinária infraconstitucional – e neste caso específico, o próprio Estatuto Consolidado pátrio (arts. 8º, parágrafo único, da CLT) - permite ao operador do direito, através de uma interpretação analítica e sistemática do ordenamento jurídico realizar a integração e a compatibilização das normas legais vigentes ao mandamento constitucional do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, de modo a lançar mão da tese concernente à imputação da responsabilidade civil objetiva do Estado e de seus respectivos órgãos e entidades sempre que restar constatado o desvirtuamento e a ilicitude na contratação de serviços terceirizados que venham a caracterizar fraude à legislação.

Neste aspecto, o dispositivo do art.927, parágrafo único do Código Civil de 2002, que integra a cláusula geral da responsabilidade civil objetiva consagrada no art.186, de nossa atual codificação civil, vem propiciar tal incidência normativa à sua também aplicabilidade na seara justrabalhista.

Reproduzimos, abaixo, todo o dispositivo ora em comento:

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

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

A respeito do tema relativo à responsabilização, Márcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim asseveram que em se tratando de terceirização lícita, a aplicação da responsabilidade solidária parece ser a mais viável. Lembram que de acordo com a legislação civil, a solidariedade não se presume, mas resulta da lei ou do contrato firmado entre as partes (cf. art. 265, do Código Civil de 2002). Em seguida, passam a perquirir se o mesmo argumento não teria validade para as hipóteses de subsidiariedade, pois que em ambos os casos o terceiro prejudicado seria sempre o compelido a suportar o ônus da conta. Para eles, a opção pela solidariedade, de um lado, inibiria a terceirização ou, ao menos, levaria o contratante tomador de serviços a ter mais cuidado na

---

<sup>52</sup> Nesse mesmo sentido, Flávio Tartuce. In: *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed., rev., atual. e impl., São Paulo: Método, 2010, cit. p. 472-473.

escolha do prestador de serviços e, de outro extremo, facilitaria e agilizaria as execuções judiciais trabalhistas, opinião que há muito já vinha sendo defendida por Jorge Luiz Solto Maior. Enfatizam, ainda, que o Direito Comparado configura-se como uma das fontes de nosso diploma celetista (consoante previsão do art. 8º, *caput*, da CLT). Ao dar prosseguimento a esse raciocínio, os juristas lembram que a lei francesa do trabalho temporário, que nos serviu de modelo, estende a solidariedade para todos os casos de inadimplemento – intitulado naquele caso como *défaillance* – mas que ao empregar um sentido jurídico àquela expressão estrangeira, o legislador pátrio equivocou-se na tradução, emprestando à palavra “inadimplemento”, o sinônimo de falência (*faillite*). E concluem que com o advento da Súmula nº 331, do C. TST, o intérprete optou “(...) por uma solução de meio termo, compondo o fato do *inadimplemento (sic)* com o efeito da *subsidiariedade (sic)* para as terceirizações em geral.”<sup>53</sup>

Em questão concernente a relação de preposição entre o tomador estatal contratante e a empresa interposta incutida na atividade terceirizante, o exegeta justrabalhista, em circunstância que antecedeu o julgamento da ADC-16-DF, ao identificar ter havido fraude contratual e sob o argumento de que o procedimento licitatório garante a melhor proposta e a idoneidade financeira da empresa contratada somente no momento da contratação, mas não no posterior momento da execução do contrato, justificou a condenação de entidade pertencente à Administração Pública, imputando-lhe a responsabilização objetiva, por culpa *in vigilando*, frise-se, através da modalidade solidária, alicerçando tal decisão com fundamento nos princípios constitucionais que pautam a moralidade e a impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), nos valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana do trabalhador (arts. 1º, III e IV e 7º, ambos da CF/88), bem como nos preceitos da legislação ordinária infraconstitucional, através dos arts. 932, inciso III, 933, 927, parágrafo único, e 942, ambos dispositivos do Código Civil de 2002, aplicando, analogicamente, à jurisprudência trabalhista, preceitos oriundos de outras normas ordinárias vigentes de maneira consentânea ao ordenamento constitucional pátrio, consoante dispõe o art. 8º, *caput*, da CLT. Esse esforço hermenêutico estaria a configurar o que a doutrina civilista convencionou denominar de “diálogo das fontes.”<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Cf. Márcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder dos Santos Amorim, *Terceirização: Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques*, p.61. In: Brasília: Revista TST, vol. 77, nº 1, jan/mar.2011. Disponível em <[http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/22216/003\\_vianamarcio.pdf?sequence=1](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/22216/003_vianamarcio.pdf?sequence=1)> Acesso em 10.jul.2012, às 11:32 horas.

<sup>54</sup> Cf. Flávio Tartuce, *Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral*. 6. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2010, p. 126-132.

Para fins didáticos, insta reproduzir, abaixo, a ementa do acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região<sup>55</sup>:

“Terceirização. Relação de preposição entre o tomador e a empresa fornecedora de mão-de-obra ou de serviços (art. 932, III, CC). Responsabilidade objetiva e solidária do tomador pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa fornecedora de mão-de-obra ou de serviços (art. 937, 933 e 942, CC).

1. Por primeiro, não se olvide que a Constituição Federal traz os princípios da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como epicentro dos fundamentos da República (art. 1º, III e IV da CF/88).

2. Some-se que o ordenamento jurídico trabalhista já prevê a responsabilidade solidária do tomador na hipótese de contratação de trabalhador temporário (art. 16 da Lei 6019/74), bem como para os fins de recolhimento do FGTS (artigos 15, parágrafo 1º e 23 da Lei 8036/90) e das contribuições previdenciárias art. 23 da Lei 8212/91) e, quanto às obrigações relativas à higiene, segurança e medicina do trabalho (Portaria 3214/78, na NR 4, itens 4.5, 4.5.1 e 4.5.2).

3. Agregue-se que, em matéria de responsabilidade, o novo Código Civil alterou a sistemática. Ao lado da cláusula geral de responsabilidade subjetiva (art. 186) adotou, também, a responsabilidade objetiva, fundada nas teorias: do risco criado, do risco da atividade, do risco do empreendimento, do risco profissional e do risco proveito. Pela teoria do risco proveito ou do risco benefício (*sic*), todo aquele que tire proveito de determinada atividade que lhe forneça lucratividade ou benefício deve suportar a responsabilidade pelos danos causados. Assim, aquele que terceiriza serviços e tira proveito dos serviços prestados pelos trabalhadores terceirizados não terceiriza as suas responsabilidades.

4. A relação estabelecida entre o tomador e a empresa fornecedora de mão-de-obra configura uma relação preposição necessária a desencadear a responsabilidade objetiva e solidária. O primeiro é o tomador do serviço e a segunda é fornecedora que atua como preposta em relação ao trabalhador terceirizado que presta o serviço que é aproveitado.

5. O tomador de serviços ao fazer a opção pela terceirização assume a responsabilidade objetiva (art. 927, § único, CC) por fato de terceiro (art. 932, III, CC) de forma solidária (art. 933 e 942, CC) tendo em vista a teoria do risco do empreendimento e do risco proveito. Referidos dispositivos civílistas são aplicáveis à terceirização *ex vi* do art. 8º da CLT.

6. Por outro lado, a Lei 8.666/93, em seu artigo 71, parágrafo 1º, não traz o princípio da irresponsabilidade estatal, ao revés, apenas alija o Poder Público da responsabilidade direta. A exegese da exclusão total de qualquer responsabilidade estatal não se compatibiliza com os princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade humana (art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal) e com o caráter tuitivo do Direito do Trabalho.” (TRT/SP n.º 00451.2008.089.02.00-7 – RO – 4ª Turma- Ac. 20100238550 – Rel. Ivani Contini Bramante, *DOE* 09.04.2010)

O leitor mais atento já terá notado que por ocasião do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Recurso de Revista nº TST-IUJ-RR-297.751/96.2, ao determinar a aplicação da responsabilidade subsidiária dos órgãos da Administração Pública inadimplentes em contratos de terceirização, por meio da alteração do

---

<sup>55</sup> Esclarecemos que o inteiro teor do referido acórdão encontra-se disponível no sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. [http://trtcons.trtsp.jus.br/dwp/consultas/acordaos/consacordaos\\_turmas\\_htm.php?id=20100323\\_20080502231\\_r.htm](http://trtcons.trtsp.jus.br/dwp/consultas/acordaos/consacordaos_turmas_htm.php?id=20100323_20080502231_r.htm) Acesso em: 10.jul.2012, às 17:28 horas.

inciso IV do verbete sumular nº 331, o C.TST havia utilizado como fundamento legal, exatamente, a previsão constitucional do art. 37, §6º, da CF/88.

Enfatize-se, contudo, que de acordo com a posição majoritária dos ministros da Suprema Corte, o argumento fundado no preceito constitucional do art. 37, inciso II e §6º, da CF/88, a responsabilizar os entes estatais tomadores de serviços terceirizantes, estaria a figurar, ao menos aparentemente, conflituoso com os termos apregoados no §1º, do art. 71, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), razão pelo qual o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a constitucionalidade deste dispositivo no julgamento da ADC nº 16-DF, afastou toda e qualquer argumentação de imputação responsabilizatória à Administração Pública, com fundamento no art. 37, §6º, da Constituição da República de 1988.

Significa dizer que ao declarar a constitucionalidade do §1º, do art. 71, da Lei de Licitações, o STF refutou a possibilidade de os tribunais justralhistas condenarem as entidades e órgãos do poder público à responsabilização pela simples inadimplência das empresas prestadoras de serviços terceirizados, de modo a afastar a transferência automática da responsabilização do Estado pelas verbas trabalhistas não quitadas pela pessoa interposta em relação aos trabalhadores inseridos na modalidade terceirizante, tal qual se extraía da literalidade do inciso IV, da Súmula nº 331, do TST, alterado pela Resolução nº 96/2000.

Ao rememorarmos as circunstâncias atinentes à primeira sessão plenária do julgamento da ADC nº 16-DF, podemos notar que o Ministro Marco Aurélio de Mello ao abrir divergência e rechaçar o entendimento esposado pelo Relator em um primeiro momento, reputando ter sido demonstrado o requisito na exordial, admitiu em seu voto a continuidade do feito. Para abalzar o seu raciocínio, ressaltou alguns aspectos. Em uma primeira análise, arguiu no sentido de emprestar ao conteúdo da legislação ordinária (Lei 9.868/99) uma relatividade em sua interpretação, de modo que fosse exigida a demonstração inequívoca de controvérsia judicial, pois, segundo a sua compreensão, a ADC consubstanciar-se-ia “irmã gêmea” da ADI. No tangente ao segundo aspecto, atentou-se para a multiplicação de conflitos de interesses envolvendo a matéria, consoante os quais, tendo em conta a interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho, na maioria das vezes, os processos não chegariam ao STF. No terceiro aspecto, perquiriu haver, na espécie, uma declaração branca de inconstitucionalidade da Lei de Licitações, situação essa absolutamente vedada por sedimentado entendimento jurisprudencial daquela Suprema Corte, a possibilitar a criação da

Súmula Vinculante nº 10, do STF. O supradito Ministro realçou, ainda, que o afastamento do §1º, do art. 71, da Lei nº 8.666/93, pelo verbete sumular 331, inciso IV do TST, estaria à mercê de uma interpretação toda própria, ampliativa da solidariedade prevista no § 2º do art. 2º do Estatuto Consolidado<sup>56</sup>.

Após registrar que várias entidades da federação articularam como terceiros no processo, considerou a impossibilidade de ser tão ortodoxo nessa matéria, sob pena de se perpetuar extravagante situação, haja vista a inadmissibilidade da ADI contra o verbete do TST, em que se teria, pelo menos, um conflito aparente entre a CLT e a Lei de Licitações.

Por fim, advertiu que se a jurisprudência fosse pacífica no tocante à responsabilidade, não teria o C. TST editado a Súmula nº 331, asseverando, por conseguinte, que na oportunidade da edição do aventado verbete sumular, implicitamente se projetou para o campo da inconstitucionalidade o disposto no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem declará-lo inconstitucional, em patente afronta à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97, da Constituição Federal de 1988.<sup>57</sup>

Quanto à análise do mérito<sup>58</sup>, os ministros entenderam que a mera inadimplência da empresa prestadora de mão-de-obra ou serviços terceirizados não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceram que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se, entretanto, que a tendência da Justiça do Trabalho não estaria na análise da omissão do ente público contratante de serviços terceirizados, mas na aplicação irrestrita do Enunciado 331, do TST.

Neste aspecto, o Ministro Marco Aurélio de Mello, ao mencionar os precedentes do C. TST observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da

---

<sup>56</sup> Art. 2º (...), §2º, da CLT: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para o efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 03.jul.2012, às 19:59 horas.

<sup>57</sup> Cf., a propósito: *Informativo STF*. Brasília, 8 a 12 de setembro de 2008, nº 519 (ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo519.htm>> Acesso em: 03.jul.2012, às 22:38 horas.

<sup>58</sup> Cf., *Informativo STF*. Brasília, 22 a 26 de novembro de 2010, nº 610 (ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>> Acesso em: 10.jul.2012 às 22:29 horas.

CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT. Afirmou que o aludido preceito constitucional não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando seus órgãos ou entidades recrutam mão-de-obra mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. O Ministro asseverou que se teria partido, considerado o verbete 331, do TST para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros – no caso os prestadores do serviço terceirizado. No que tange ao segundo dispositivo celetista (art.2º, §2º, CLT), o Ministro observou que a premissa da solidariedade nele prevista, seria a direção, o controle, ou a administração da empresa. Ante aos fundamentos até então apontados, esse preceito legal não se aplicaria ao caso, tendo em vista que a Administração Pública não teria a direção, a administração ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu, então, que restaria o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

De outra feita, cumpre observar que ao consignar os fundamentos exarados em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia enfatizou que o dispositivo do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, vem indubitavelmente expressar a responsabilidade objetiva da Administração Pública sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, a sua obrigação de sempre indenizar nas hipóteses de constatação de danos à terceiro. No seu sentir, o referido preceito constitucional estaria a consagrar a responsabilidade objetiva extrapatrimonial e extracontratual, não se aplicando à espécie o disposto do §1º, do art. 71 da Lei de Licitações, já que este faz referência à responsabilidade contratual. Em suma, a Ministra aduziu que o Estado responderia por atos lícitos, ou seja, aqueles oriundos do contrato, ou por ilícitos, configurados pelos danos extracontratuais.<sup>59</sup>

Advertimos, todavia, que consoante entendimento consubstanciado pelo então Presidente do Excelso Supremo Tribunal Federal e Relator da aludida ação concentrada de constitucionalidade – Ministro Cezar Peluso – a declaração de constitucionalidade do §1º, do art.71, da Lei nº 8.666/93, proferida pelo Pleno do Excelso STF, não consubstanciar-se-ia fator impeditivo para que o C. Tribunal Superior do Trabalho, com fundamentação em outras normas que compõem o arcabouço jurídico do ordenamento pátrio e com base nas

---

<sup>59</sup> *Ibidem.*

circunstâncias reais de cada caso em concreto, venha a decretar a responsabilidade do poder público, em se tratando de contratação de serviços através do instituto da terceirização.

Cabe aqui, reproduzirmos trecho da manifestação do Ministro Cezar Peluso, em voto proferido na ADC nº 16-DF, sobre a questão posta ao Pleno:

“(...) eu reconheço a plena constitucionalidade da norma [se referindo ao §1º, do art. 71, da Lei nº 8.666/93] e, se o Tribunal a reconhecer (...) a mim me parece que o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a Justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da Administração.”<sup>60</sup>

Atente-se para o fato de que o Ministro Ricardo Lewandowski pronunciou seu voto na mesma direção interpretativa do Relator:

“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 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 (...)”<sup>61</sup>

Logo, ao analisarmos as manifestações dos Ministros do STF no que concerne ao julgamento da ADC 16-DF, é possível depreendermos que da decisão em voga, prevaleceu o entendimento de que a responsabilidade objetiva do órgão ou entidade pública tomadora de serviços terceirizantes contemplada no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, não se aplica aos contratos que envolvam processos licitatórios, de modo que a irresponsabilidade estatal, em casos tais, configuraria a regra, constituindo em interpretação excetiva a demonstração inequívoca da culpa *in vigilando* do gestor público na execução da modalidade terceirizante, com observância de cada caso concreto, com base no conjunto fático-probatório posto ao crivo do julgador na seara justralhista.

---

<sup>60</sup> Cf. manifestação do Ministro Cezar Peluso – relator da ação concentrada de constitucionalidade - em voto proferido na ADC 16-DF (Data de publicação – DJE de 09.09.2011 – Ata nº 131/2011, DJE nº 173, divulgado em 08.09.2011). Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em: 10.jul.2012, às 22:17 horas.

<sup>61</sup> Cf. trecho da manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, em voto proferido na ADC 16-DF (Data de publicação – DJE de 09.09.2011 – Ata nº 131/2011, DJE nº 173, divulgado em 08.09.2011). Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em: 11.jul.2012, às 01:14 horas.

Em razão dos efeitos jurídicos decorrentes da decisão do STF na ADC nº 16-DF, no tangente a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, assim como pela ausência de claros e diretos textos legais a regulamentar o fenômeno da terceirização, visando salvaguardar os direitos constitucionais sociotrabalhistas (art.1º, III e IV; art. 3º, I, III e IV; art.4º, II; art. 6º; art. 7º, *caput*, VI, VII e X; art. 170, *caput* e incisos VII e VIII, todos da CF/88, dentre outros), o C. TST, por mais uma vez promoveu a alteração do inciso IV, da Súmula nº 331, e inseriu ao seu conteúdo redacional os incisos V e IV, de acordo com a Resolução nº 174/2011<sup>62</sup>, divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 27, 30 e 31.05.2011.

Transcrevemos abaixo, o inteiro teor da Súmula nº 331, do C. TST, modificada pela Resolução nº 174/2011, nos seguintes termos:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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

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 dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.” (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) (*grifos nossos*)

Não poderíamos deixar de salientar que em reforço à reformulação do verbete sumular supramencionado, bem como em observância ao princípio isonômico determinado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, *caput*, e inciso I), o C. TST,

---

<sup>62</sup> Disponível em <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331)> Acesso em 11.jul.2012, às 02:33 horas.

preocupado com a enorme enxurrada de ações decorrentes de práticas terceirizantes ilícitas nos órgãos e entidades públicas e com a ascendente precarização da força de trabalho nestes moldes, propugnou-se, então, ao intento de conjugar analítica e sistematicamente o referido mandamento constitucional com outras regras próprias da legislação ordinária vigente.

Buscou-se, portanto, a compatibilização de hipóteses de terceirização na Administração Pública Direita e Indireta em favorecimento da aplicação do salário equitativo aos trabalhadores inseridos na modalidade terceirizante, comparando-os com os ganhos remuneratórios auferidos pelos servidores públicos, situação que por determinação expressa legislativa já guarnecia o trabalho temporário regido pela Lei nº 6.019/74.

Pelas razões acima esposadas, a Subseção de Dissídios Individuais-1 (SBDI-1) do C. TST, através da Resolução nº 175/2011, divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 27, 30 e 31.05.2011, editou a Orientação Jurisprudencial nº 383, cujo texto redacional segue abaixo:

“TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.”<sup>63</sup>

Esse entendimento jurisprudencial parece ter vindo de encontro ao forte clamor da doutrina especializada, que há muito se posicionava enfaticamente no sentido de favorecer a necessária imposição isonômica constitucional às situações de terceirização permanente, onde a perversidade da discriminação é muito mais grave, constante e comumente o trabalhador hipossuficiente envolvido no processo de terceirização tem sido colocado na inversa e funesta condição de mero e desprezível produto mercadológico.

---

<sup>63</sup> Disponível em <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_381.html#TEMA383](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA383)> Acesso em: 03.jul.2012, às 13:11 horas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contextualizarmos o fenômeno da terceirização sob o aspecto global e, por conseguinte, inserido às particularidades do cenário jurídico interno, procuramos elucidar o referido tema através de uma abordagem pautada na historicidade, na evolução jurídico-normativa interna, ainda que em certa medida, o desenvolvimento normativo tenha se mostrado insuficiente, bem como através de uma relevante evolução jurisprudencial que os nossos tribunais superiores foram obrigados a construir, ao alcance de dirimir a celeuma em torno do caráter responsabilizatório dos órgãos e entidades do Poder Público, contratantes de mão-de-obra e de serviços viabilizados pela aludida modalidade trilateral da força de trabalho humana.

Ao depararmos-nos com a realidade contemporânea do mercado de trabalho interno constatamos que, assim como há muito tempo já vinha sendo utilizada pelo setor privado da economia, a Administração Pública Direta e Indireta - em todos os níveis de sua atuação e de sua competência - tem se valido cada vez mais frequentemente da modalidade de prestação laborativa terceirizante. O argumento mais corriqueiro utilizado pelos gestores públicos para a contratação desses serviços é o da otimização de recursos e o da redução dos custos orçamentários da gigantesca máquina administrativa, que em muito já onera o Estado e os seus administrados.

Por todas as razões acima esposadas, tivemos a oportunidade de analisar que o tema proposto evidenciou-se a configurar no epicentro da problemática acerca da precarização da força de trabalho sobre o qual gravitavam efeitos socioeconômicos, políticos e jurídicos, com relevantes implicações no cenário nacional coetâneo no tangente à intricada e dificultosa possibilidade de efetiva aplicação da responsabilização subsidiária aos órgãos e entidades pertencentes à Administração Pública Direta e Indireta, em todas as suas esferas de competência, quando da constatação judicial de frustração dos pagamentos rescisórios trabalhistas dos empregados de pessoas jurídicas interpostas contratadas pelo Poder Público, por meio de procedimentos licitatórios para a prestação de serviços e de mão-de-obra especializada terceirizada.

Como pudemos observar, a Constituição Federal de 1988 lançou uma relevante especificidade no tangente aos efeitos jurídicos oriundos da terceirização realizada

por entidades ou órgãos da Administração Pública Direita e Indireta: o artigo 37, inciso II e §2º de nossa Lei Fundamental preceitua como insuplantável requisito formal para a investidura em cargo ou emprego público, a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, em homenagem aos democráticos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e, sobretudo, o da moralidade administrativa. Dessarte, a Carta Magna vigente obstaculizou o reconhecimento de vínculo empregatício com entes do poder público, mesmo nas hipóteses configuração de ilicitude nas práticas terceirizantes.

No mais, analisamos que o Excelso Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de controle concentrado de constitucionalidade, retomando o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, em 07 de março de 2007, através da Sessão Plenária realizada em 24 de novembro de 2010, após superar o entendimento inicial pelo indeferimento da referida ação constitucional, pelo então Presidente da Corte e Relator do feito – Ministro Cezar Peluso – ao adentrar na análise do mérito da questão controvertida, por votação majoritária dos seus respectivos Ministros, o Pleno proferiu decisão prevalecendo entendimento favorável à declaração de constitucionalidade do disposto no §1º do artigo 71 da Lei Federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

A supramencionada norma infraconstitucional, denominada Lei de Licitações, foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio no intuito de regulamentar o preceito insculpido no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, instituindo regras para disciplinar, em todo o território nacional, os procedimentos licitatórios e contratos administrativos mantidos pela Administração Pública Direita e Indireta, no âmbito de todas as esferas estatais.

De outra feita, a leitura do dispositivo do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 - objeto da declaração de constitucionalidade proclamada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal – levou a maioria dos Ministros a subsumir que a interpretação dispensada pelos tribunais trabalhistas acerca do inciso IV da Súmula nº 331, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, configurava-se aparentemente conflituosa com a expressa determinação legal pela irresponsabilidade e desoneração do ente estatal tomador de serviços terceirizantes, em detrimento de encargos trabalhistas oriundos do inadimplemento da pessoa jurídica interposta.

Advertimos, todavia, que consoante entendimento consubstanciado pelo Relator da aludida ação concentrada de constitucionalidade – Ministro Cezar Peluso – a declaração de constitucionalidade prolatada pelo Pleno de nossa Corte Maior não configurar-se-ia fator impeditivo para que o C. Tribunal Superior do Trabalho, com fundamentação em outras normas que compõem o arcabouço jurídico do ordenamento pátrio e com base nas circunstâncias reais de cada caso em concreto, viesse futuramente decretar a responsabilidade do Poder Público, em se tratando de contratação de serviços através do instituto da terceirização. O Relator considerou, inclusive, que a Corte Especializada justralhista tem reconhecido que a responsabilidade dos entes da Administração Pública Direta e Indireta provém de conduta omissiva culposa no tocante aos procedimentos fiscalizatórios, a saber, “(...) se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais.”

É de bom alvitre salientar, ademais, que durante o julgamento da ADC 16-DF, houve consenso do Plenário no sentido de que a Justiça do Trabalho não poderá julgar os casos de forma inadvertida e generalizada. Destarte, há de se observar que a fundamentação jurídica da decisão dos julgadores na esfera laboral, deverá observar a total impossibilidade de aplicação do art. 37,§6º, da Constituição Federal de 1988, considerando que o aludido preceito constitucional propugna-se a tratar da responsabilidade objetiva, exclusivamente extracontratual, não se adequando, por consequência, aos casos pertinentes à terceirização, já que eventual caráter responsabilizatório judicialmente apurado estaria a orbitar na seara contratual. No mais, a condenação do ente estatal terceirizante baseada na teoria da culpa *in vigilando*, deverá ser considerada prática excetiva do intérprete nos casos em que o Estado estiver envolvido em controvérsias dessa natureza.

Por certo, a decisão judicial justralhista deverá sempre estar fundamentada no conjunto fático-probatório posto ao crivo do julgador, a quem competirá à análise de caso a caso, ocasião em que o ente público contratante de serviços e mão-de-obra especializada terceirizada poderá eventualmente ser compelido a arcar com o ônus da responsabilidade subsidiária por ofensa a direitos sociotrabalhistas alheios, em consonância com os ditames legais vigentes na legislação infraconstitucional, à luz das regras e princípios fundamentais e fundamentos constitucionais que regem a vigente Constituição da República (em conformidade com o Preâmbulo, e em especial, os artigos 1º, incisos III e IV, 3º, incisos I, III e IV, 6º, caput, 7º, caput, incisos I e X, 170, caput e incisos VII, *in fine* e VII, ambos da

Constituição Federal de 1988), em homenagem e observância ao Estado Democrático de Direito.

Nada obstante defrontarmos com um cenário jurídico de patente insuficiência e ambiguidade normativa a reger o tema da Terceirização, a verdade é que o equacionamento das controvérsias pertinentes à responsabilização subsidiária do ente público estatal tomador de serviços terceirizantes, encontra-se absolutamente hígido na seara jurisprudencial trabalhista.

Portanto, a atuação do Poder Judiciário na área especializada trabalhista vem representar um relevantíssimo esforço da jurisprudência em assumir o papel mitigador e refrecedor de uma preocupante realidade tendente a vulnerabilizar os direitos do trabalhador. Não se trata, aqui, de emprendermos críticas ao fenomênico processo desregulatório e flexibilizatório do Direito do Trabalho, expediente frequentemente utilizado pelo legislador pátrio ao longo da década de 1990 – mas, tão somente de empregarmos contundente repugnância a toda e qualquer prática laborativa a escancarar a precarização da força de trabalho.

Por todo o acima exposto, vimos demonstrar de forma inescusável, que muito longe de se entender por afastada ou subtraída a aplicabilidade da Súmula nº 331, do TST, cumpre-nos asseverar que com as modificações introduzidas no seu corpo redacional, em decorrência lógica da decisão declaratória de constitucionalidade do disposto do §1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93, pelo STF, o certo é que, a partir da reformulação efetuada no seu inciso IV e das inserções dos incisos V e IV, todos aprovados pela Resolução nº 174/2011, o supramencionado verbete sumular, frise-se, firmou-se absolutamente hígido no cenário jurídico hodierno, contribuindo de modo preponderante para a manutenção e preservação dos princípios e direitos sociotrabalhistas expressamente determinados pela Constituição Federal de 1988, bem como pela peculiar garantia do controle civilizatório da atividade terceirizante em favor do trabalhador hipossuficiente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *A terceirização no direito do trabalho: limites legais e fraudes à lei*. In: CARDONE, Marly A.; SILVA, Floriano Vaz da. (Orgs.). *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo: LTr, 1993.

ANTUNES, Ricardo. *O Trabalho e seus sentidos*. In: *Os Sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a Afirmação e a Negação do Trabalho*, São Paulo: Boitempo, 1999. Disponível em <<http://www.itcp.usp.br/drupal/files/itcp.usp.br/ANTUNES%20TRAB%20SENTIDOS%20LUIZINHO.pdf>> Acesso em: 20.jun.2012, às 13:11 horas.

BARROS JUNIOR, Cássio de Mesquita. *Flexibilização do direito do trabalho e terceirização*. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 21, 1997.

CAMPOS, José Ribeiro de. *Aspectos da Terceirização e o Direito do Trabalho*. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/viewFile/496/494>> Acesso em: 02.jul.2012 às 12:16 horas.

CARDONE, Marly A. *A terceirização e seus reflexos no direito do trabalho*. São Paulo: Revista de direito do trabalho, n. 80, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 22 ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2009.

COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany.; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed., São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6.ed., São Paulo: LTr, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed., São Paulo: Dialética, 2005.

MAGANO, Octávio Bueno. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 11. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 15. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1998.

OHNO, Taiichi. *O sistema Toyota de Produção: além da produção em larga escala*. Trad. Cristina Schumacher, Porto Alegre: Bookman, 1997.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed., rev., atual. e impl., São Paulo: Método, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral*. 6. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2010.

VIANA, Márcio Túlio.; NEVES DELGADO, Gabriela.; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização: Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques*. In: Revista TST, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar.2011. Disponível em <<http://www.tst.gov.br/documents/1295387/1313002/3.+Terceiriza%C3%A7%C3%A3o+-+aspectos+gerais.+A+%C3%BAltima+decis%C3%A3o+do+STF+e+a+S%C3%BAmula+n.+331+do+TST.+Novos+enfoques>> Acesso em: 26.jun.2012 às 23:54 horas.