

**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ – FUPAC
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MISSAEL PINTO ZAMPIER

**A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO: A APLICAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE AUTOMÁTICA E A BUSCA PELO IDEAL DE
JUSTIÇA**

**UBÁ-MG
2013**

A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO: A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE AUTOMÁTICA E A BUSCA PELO IDEAL DE JUSTIÇA

Missael Pinto Zampier*

Valéria Gazolla Cobo**

RESUMO: O presente trabalho objetiva o estudo do instituto da terceirização e a responsabilidade aplicada à Administração Pública, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada. O fenômeno ganhou significativo espaço na Administração Pública, mas, em contrapartida, se desenvolveu irregularmente, visto que a responsabilização da tomadora de serviços só se caracteriza, de forma subsidiária, com a comprovação de culpa por parte do ente público. Não raras vezes, a Administração Pública vem infringindo princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo. Vale ressaltar que a aplicação da regra jurídica não deve desprezar as repercussões sociais. Quando a aplicação da regra afasta-se do ideal de justiça, deve ser revista ou criados mecanismos tendentes a amenizar tal distanciamento. Por isso, a fim de não se prejudicar o trabalhador, o estudo defende, neste caso, a aplicação da responsabilidade objetiva aos entes públicos, conforme o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como também se aplica às empresas da esfera privada, com base no Código Civil de 2002. O trabalho faz um estudo da terceirização em sentido abrangente, analisando os aspectos da nova redação do Enunciado da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho e, conseqüentemente, os reflexos causados aos trabalhadores terceirizados pela atual responsabilidade subjetiva aplicada à Administração Pública.

Palavras-chave: terceirização; administração pública; responsabilidade objetiva; ideal de justiça.

* Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC), Ubá/MG. E-mail: saelzampier@yahoo.com.br

** Professora Orientadora. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa – UFV. Professora de Direito Constitucional da Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC), Ubá/MG. E-mail: evgcobo@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A terceirização se configura com a celebração de um contrato (tomador e prestador) de prestação laboral específica, a ser desenvolvida por outra empresa. O referido instituto conquistou um grande espaço no Direito do Trabalho brasileiro, fazendo com que inúmeras empresas estatais e não estatais utilizem os serviços terceirizados para a consecução de suas atividades-meio, os quais, em muitos casos, são utilizados, também, para as atividades-fim, tornando ilícita a prestação.

A opção pelo tema se deu, sobretudo, em função de sua contemporaneidade. Destacam-se, também, outros dois aspectos que ensejaram na elaboração do presente estudo, quais sejam: sua relevância social, materializada na relação empregado-empregador e seus efeitos jurídicos, e sua relevância econômica, vale dizer, as constantes mudanças do mercado de trabalho fazem com que o legislador resguarde direitos, sobretudo do trabalhador, frente a ocasiões transitórias, como as crises financeiras, ou em decorrência de políticas e incentivos sociais às empresas, buscando a projeção da criação de empregos em alguns setores.

Destaca-se neste estudo que, em sendo o trabalhador a parte mais frágil (hipossuficiente) da relação contratual, torna-se imprescindível o seu amparo pela legislação trabalhista, de forma que seja resguardado o seu mínimo existencial e a sua condição de sujeito de direito, buscando sempre o ideal de justiça.

O objeto da pesquisa se restringiu a abordar a responsabilidade aplicada à Administração Pública, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada.

Para isto, foram analisadas as discussões que pairaram sobre dispositivos legais e sumulares, aplicáveis à matéria, a exemplos do art.71, §1º, da Lei 8.666/93 e do Enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Tem-se, portanto, como foco, a defesa da aplicação da responsabilidade objetiva aos entes públicos, assim como se aplica às empresas da iniciativa privada, evitando, com isso, a dilapidação de direitos trabalhistas e a inaplicabilidade do direito justo.

Este estudo se divide em cinco capítulos. O primeiro traz uma breve introdução sobre o tema, destacando os principais pontos a serem elucidados no seu desenvolvimento.

No segundo capítulo, busca-se apresentar ao leitor a terceirização em sentido amplo, elencando sua conceituação e o seu surgimento no Direito Trabalhista Brasileiro, através das primeiras legislações acerca do tema.

No terceiro capítulo, demonstra-se de que forma ocorre a responsabilização da Administração Pública, nos casos de inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, a regulamentação do instituto, quais os seus efeitos no ordenamento jurídico, suas peculiaridades e discussões jurídicas.

O quarto capítulo trata-se dos reflexos causados, principalmente aos trabalhadores terceirizados, pela responsabilidade subjetiva aplicada à Administração Pública, além da abordagem dos Princípios Gerais do Direito aplicáveis à matéria.

Por fim, o quinto capítulo, contempla as conclusões alcançadas com o presente estudo.

A abordagem do tema tem como técnica de pesquisa a forma eminentemente bibliográfica, com algumas observações e consultas a sites jurídicos, além da análise das obras de renomados doutrinadores do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional, bem como a legislação atinente ao objeto desta pesquisa.

2. TERCEIRIZAÇÃO NA SEARA TRABALHISTA

2.1. Conceito e breve histórico sobre a terceirização no Direito Trabalhista Brasileiro

O Direito do Trabalho surgiu como o mais forte instrumento de concretização de políticas sociais. Decorreu da necessidade de proteção do trabalhador em face do poder diretivo da classe capitalista, buscando preservar os princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Nas lições de Maurício Godinho Delgado, ilustre doutrinador e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, em sua obra intitulada Curso de Direito do Trabalho – 10ª edição (2011), “o primeiro período significativo na evolução do Direito do Trabalho no Brasil estende-se de

1888 a 1930, identificando-se sob o epíteto de fase de manifestações incipientes ou esparsas” (DELGADO, 2011:106)

Prossegue Delgado afirmando que:

“O segundo período a se destacar nessa evolução histórica é a fase da institucionalização (ou oficialização) do Direito do Trabalho. Essa fase tem seu marco inicial em 1930, firmando a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista até o final da ditadura getulista (1945), tendo, porém, o condão de manter seus plenos efeitos ainda sobre quase seis décadas seguintes, até a Carta Constitucional de 1988.” (DELGADO, 2011:109)

Do ponto de vista contemporâneo, importante destacar que o Direito do Trabalho vem atravessando diversas crises diante de sua vinculação às relações sociais e econômicas, porém, renovando-se diante das mesmas e, para que isto ocorra, tem de se libertar, muitas vezes, de conceitos fechados, flexibilizando suas posições. Foi o que ocorreu com o instituto da terceirização.

Ressalte-se que a terceirização conceitua-se como a contratação de atividade especializada para ser desenvolvida por outra empresa. Trata-se de um instituto consideravelmente difundido no capitalismo mundial e que conquistou o seu lugar no Direito do Trabalho Brasileiro.

Assevera Delgado que:

“A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando a enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa”. (DELGADO, 2011:426)

O instituto da terceirização, em síntese, pode ser definido como o fenômeno pelo qual é dissociada a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente, de forma que inexistam, entre o empregado e a tomadora de serviços, dois requisitos fático-jurídicos da relação de emprego, quais sejam: a pessoalidade e a subordinação direta.

Importante destacar que a terceirização só pode ocorrer em relação às atividades-meio, assim entendidas como os mecanismos de apoio necessários à realização dos objetivos da

empresa, pois essas atividades têm seu caráter de apoio às atividades-fim, consideradas a razão de existência da pessoa jurídica.

A terceirização das atividades-fim, contudo, configura o desvirtuamento do instituto, isto porque, sua característica principal e determinante é a execução das atividades exclusivamente nas atividades-meio da empresa tomadora dos serviços, e, sendo diversa a sua execução, está presente uma clara irregularidade.

Cumprе salientar que o fenômeno da terceirização foi bastante repudiado pelo Direito do Trabalho, tendo sido visto, inclusive, como forma ilegítima do trabalho humano, uma vez que o empregador se apropria de parte do pagamento que poderia ser conferido diretamente ao empregado pelo tomador de serviço.

Acontece que, diante da vinculação direta que existe entre o Direito do Trabalho e a relações sociais e econômicas, o quadro normativo trabalhista não poderia ficar inerte frente à renovação tecnológica em um cenário de crise econômica, que começou a ser traçado na segunda metade do século passado, quando surgiu a necessidade de barateamento do custo de mão de obra.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, em harmonia com o modelo social e econômico vigentes no País à época, apenas fez menção à empreitada e à subempreitada como possibilidades de subcontratação de mão de obra (art. 455, CLT).

Entretanto, visando regular a proliferação de empresas criadas com o propósito de fornecer mão de obra, foi publicada, em 1974, a Lei nº. 6.019, a qual conferiu legalidade à terceirização de atividades permanentes, especialmente para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular da tomadora de serviços, fixando-se o prazo máximo do contrato celebrado em 90 dias, em relação ao mesmo empregado.

Posteriormente, ainda dentro do quadro evolutivo de transformações sociais, foi editada a Lei nº. 7.102/83, a qual autorizava a terceirização permanente das atividades de vigilância no setor bancário, sendo a mesma posteriormente estendida para outras atividades.

3. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Regulamentação e seus efeitos no ordenamento jurídico pátrio

Na esfera da Administração Pública, o fenômeno da terceirização surgiu após a segunda metade da década de 60, com a chamada Reforma Desenvolvimentista, à qual coube a função de descentralizar amplamente a Administração Pública, a partir da orientação de que algumas atividades, realizadas, inicialmente, pelos servidores públicos, fossem delegadas às entidades privadas.

Assim, a partir deste momento, tornou-se possível que os entes públicos se valessem, dentro de suas dependências e em seus serviços rotineiros, de pessoas vinculadas às instituições privadas, ou seja, trabalhadores terceirizados.

Seu marco fundamental foi o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que consolidou a divisão formal entre a Administração Pública direta e indireta, com o estabelecimento do regime celetista para os órgãos da Administração indireta, sem a necessidade da realização de concursos públicos para a admissão de funcionários, além da expressa permissão de delegação de funções estatais ditas não essenciais para entidades privadas.

Importante mencionar o conteúdo do §7º do artigo 10 do referido Decreto:

“Art. 10 - A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. §7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

O legislador, à época, justificou o teor da aludida norma com a alegação de evitar o crescimento desmedido do Estado e possibilitar que as suas atividades principais pudessem ser desenvolvidas com mais ênfase.

Diante de tal norma, portanto, a Administração Pública passou a utilizar mão de obra fornecida por empresas interpostas, o que fazia com que, na realização das atividades materiais

do Estado, o trabalhador não ficasse vinculado à Administração, mas somente à empresa contratada fornecedora de mão de obra.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), foi inserida em seu texto a disciplina do regime jurídico dos servidores públicos civis e a exigência expressa de realização de concurso público para admissão e o ingresso nos cargos da Administração, conforme obtempera o seu artigo 37.

Este novo contexto revogou, por total incompatibilidade, a autorização concedida pelo Decreto-Lei nº 200 para contratação de pessoal, sem a exigência de concurso público.

Não obstante vasta doutrina pátria que defende a inconstitucionalidade da prática da terceirização na Administração Pública, o fato é que o referido fenômeno está longe de ser extinto do plano laborativo do país, essencialmente no setor público, que justifica sua prática em uma possível modernização e eficiência da Administração Pública, na tentativa de esconder os reais motivos que a fortalecem, quais sejam, a redução de custo nos orçamentos dos entes públicos e a liberdade para contratar e dispensar trabalhadores.

Ressalte-se, também, que a CF/88, no inciso XXI do mesmo artigo 37, preocupou-se em regular os casos de contratação de obras, serviços, compras e alienações pelo ente público, os quais, ressalvados os casos especificados na legislação, somente podem ser celebrados mediante processo licitatório regulado por lei.

Frente a isto, o legislativo federal editou a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que, regulamentando o mencionado dispositivo constitucional, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, a qual possui, também, grande influência na consolidação da terceirização no serviço público pátrio.

Neste aspecto, o artigo 71 da referida lei admite, implicitamente, a utilização do instituto da terceirização ao prever que o “contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato”, prevendo, ainda, em seu parágrafo primeiro, a não responsabilização da Administração Pública pela inadimplência do contratado com relação a estes encargos.

A partir daí, o Tribunal Superior do Trabalho consignou no inciso IV do Enunciado da Súmula nº 331, de sua autoria, editada após a publicação da lei 8.666/93 que, em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, o tomador de serviços seria subsidiariamente responsável, ainda que tal tomador fosse a Administração Pública.

Ressalte-se que, ao fixar, reiteradamente, a responsabilidade subsidiária à Administração Pública, o TST foi de encontro ao que dispõe o art. 71, §1º da Lei 8666/93, o que ensejou na propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Governador do Distrito Federal, aduzindo, em síntese, que a Corte Trabalhista havia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do ato normativo, qual seja, o referido art. 71, §1º, Lei 8666/93, sem, no entanto, observar a chamada cláusula de reserva do plenário, com sede no art. 97 da CF/88ⁱ.

Tendo sido a ação julgada, com votação majoritária, foi declarada a constitucionalidade do citado dispositivo (art.71, §1º, da Lei nº 8.666/93) pelo Plenário do STF, que, com esta decisão, deu provimento a uma série de Reclamações (RCLs) ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na referida Súmula.

Contudo, sensíveis aos argumentos apresentados pela Justiça do Trabalho ao reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, bem como aos graves danos que podem ser causados aos empregados contratados por empresas inadimplentes, a Suprema Corte reconheceu que não se pode impedir o TST de reconhecer a responsabilidade do ente público, à base de outras normas, dependendo do caso concreto.

Porém, essa responsabilidade só é reconhecida com a omissão culposa da Administração Pública quanto à fiscalização da empresa contratada, respondendo subsidiariamente por débitos trabalhistas devidos e não pagos aos empregados por tais empresas.

ⁱ Art. 97, CF/88: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

3.2 A terceirização e a responsabilização pelas obrigações trabalhistas

É cediço que a relação de emprego é estabelecida entre o trabalhador e o tomador dos serviços, ou seja, o empregador.

O principal efeito do contrato de trabalho quanto ao empregado é a obrigação de prestar o trabalho e, quanto ao empregador, o pagamento do salário correspondente, tornando-se este último responsável pela satisfação dos direitos assegurados ao trabalhador pelos seus serviços, vinculando seu patrimônio a essa obrigação.

Contudo, as modernas modalidades de contratação mudaram o eixo do devedor principal para outros partícipes, ainda que indiretos, da relação laboral, desde que beneficiários da força de trabalho do empregado.

Como exemplo, destaca-se o artigo 16, da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe acerca do trabalho temporário. O referido artigo prevê a responsabilidade solidária do tomador de serviços para com os encargos trabalhistas, caso a empresa de trabalho temporário sofra falência.

Cumprе esclarecer que não se trata de reconhecimento do vínculo empregatício, tendo em vista que a CLT, em seu artigo 9º, admite este reconhecimento somente quando evidenciada fraude à citada lei regulamentadora do trabalho temporário.

Em outras palavras, o tomador dos serviços continua sendo mero locador de mão-de-obra, porém pune-se o beneficiado da força de trabalho por ter ele contratado com empresa inidônea.

A Súmula 331, do TST, dispositivo que regulamenta as situações-tipo de terceirização, já mencionada neste estudo, ampliou as hipóteses nas quais se responsabiliza o tomador dos serviços pelas obrigações trabalhistas.

Atendo-se às regulamentações trazidas pela espécie, importante destacar que o inciso IV, da referida Súmula, dispõe que “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”.

Numa visão ampla, destaca-se que, regra geral, o retrotranscrito texto sumular impôs expressamente a responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços para com os créditos trabalhistas, ou seja, verificado o inadimplemento trabalhista por parte do contratante formal do trabalhador terceirizado, nasce a responsabilidade do tomador.

Em sede de responsabilidade trabalhista da Administração Pública, como já dito, o TST alterou recentemente o seu posicionamento. Até então, o entendimento que prevalecia era aquele em que o Poder Público, ao contratar uma empresa para ceder mão-de-obra, ficaria responsável, sempre, subsidiariamente, quando esta empresa não quitasse todos os direitos trabalhistas de seus empregados.

Agora, por força da já mencionada decisão da Suprema Corte, proferida no bojo da ADC n. 16, ficou acertado que o Estado não pode responder sempre subsidiariamente, quando a empresa fornecedora da mão-de-obra não honrar o pagamento das verbas laborais de seus empregados.

Sobre o tema, assevera Maurício Godinho Delgado que:

O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, considerou necessária a verificação da culpa *in vigilando* do Estado relativamente ao cumprimento trabalhista dos contratos de terceirização que celebra. A responsabilidade derivaria da inadimplência fiscalizatória pela entidade estatal tomadora de serviços sobre a empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, contratual, derivada da culpa), mas não diretamente do texto do art. 71 da Lei de Licitações. O fato de não se aplicar, segundo o STF, a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, VI, da Constituição, não torna as entidades estatais simplesmente irresponsáveis nessa relevante seara de direitos sociais fundamentais. (DELGADO, 2011: 456)

Com isso, o TST pacificou o seu entendimento através da inserção do inciso V à referida Súmula, o qual aduz que:

“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. 8.666/93, 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.”

Assim, o judiciário trabalhista passou a examinar os fatos buscando a verdade real e a comprovação de que houve inexecução culposa ou omissão culposa da Administração Pública, causando o inadimplemento dos direitos trabalhistas pelas empresas contratadas, ainda que de forma indireta.

3.3 A Responsabilidade aplicada à Administração Pública

Conforme já apresentado, o Enunciado da Súmula 331, V, do TST define que a responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas, na hipótese de terceirização, será subsidiária, caso constatada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações trabalhistas, não decorrendo tal responsabilidade de simples inadimplemento das obrigações assumidas pela empresa contratada.

Insta consignar que, segundo o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público 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.”

Coadunando com esta diretriz, o Código Civil de 2002, em seu artigo 43, reproduz a mesma regra, reforçando a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno por atos de seus agentes.

Já o parágrafo 1º, do artigo 71, da Lei 8.666/93 estabelece que a “inadimplência do contrato com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem onera o objeto do contrato ou restringe a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.”

Ocorre que, o parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Maior, ao abordar a responsabilidade objetiva, não faz distinção entre a responsabilidade civil e a trabalhista. Trata-se, portanto, de qualquer dano, inclusive os ocorridos sob a jurisdição trabalhista.

O entendimento predominante na doutrina e jurisprudência é de que a Administração Pública responda por atos de seus agentes, visto que, sendo ela beneficiária da prestação de serviços, deverá responder pelo inadimplemento da empresa contratada, pois teve culpa *in eligendo*, ao escolher o parceiro inadequado, e culpa *in vigilando*, por ausência de fiscalização quanto à utilização das verbas trabalhistas.

Para se imputar a responsabilidade objetiva ao Poder Público, inexiste a necessidade de se verificar se a atuação estatal foi legítima ou ilegítima, necessita-se, apenas, verificar a existência de causa e efeito entre a ação ou omissão estatal e o dano sofrido.

O Estado deve ser responsabilizado objetivamente nos casos em que seu próprio comportamento determina o dano e nas situações em que o Estado cria situações ensejadoras de tais danos.

A terceirização de serviços enquadra-se nos casos em que o Estado cria a situação ensejadora do dano, visto que este celebra contrato de prestação de serviços com a empresa interposta, fazendo com que esta contrate trabalhadores e, ao deixar de satisfazer os direitos trabalhistas dos empregados que contratou, por força do contrato celebrado com a Administração Pública, enseja dano, cuja causa o Estado participou.

Portanto, a atribuição de responsabilidade condicionada ao ente público pelo TST, na Súmula 331, V, encontra-se em dissonância com o estabelecido no artigo 37, parágrafo 6º, da CF/88, o qual se fundamenta na responsabilidade objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, e, também, com o Princípio Protetivo, que será analisado em seguida.

Neste aspecto, a responsabilidade objetiva, prevista no citado dispositivo constitucional, seria a melhor base legal para a atribuição de responsabilidade ao ente público, que se omitiu na fiscalização da execução contratual, causando dano aos trabalhadores da contratada.

4. A TERCEIRIZAÇÃO E OS REFLEXOS CAUSADOS AOS TRABALHADORES

4.1 A terceirização e a sua relação com Princípios Gerais do Direito

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Direito do Trabalho, como ramo jurídico especial, é parte integrante do universo jurídico geral, guardando, obviamente, suas especificidades, mas submetendo-se, também, a vínculos com o núcleo jurídico principal.

Parte significativa desses vínculos é formada pelos Princípios Gerais do Direito, os quais atuam no ramo trabalhista, além dos princípios especiais de outros segmentos jurídicos que também cumprem papel relevante no Direito do Trabalho.

Nas lições de Delgado:

“Pode-se dizer que os Princípios Gerais do Direito (que hoje, em grande medida, são princípios constitucionais), que se aplicam ao ramo trabalhista especializado, demarcam os laços essenciais que este ramo, não obstante suas particularizações, tem de manter com o restante do direito.” (DELGADO, 2011: 77).

Há diversos princípios gerais que atuam como diretrizes no Direito do Trabalho, sendo um deles o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

Nas lições do doutrinador Pedro Lenza, em sua obra intitulada Direito Constitucional Esquemático, 16ª Edição - 2012, o princípio da dignidade da pessoa humana:

“É a regra matriz dos direitos fundamentais e pode ser bem definido como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos.” (LENZA, 2012: 1225)

Os limites da Constituição ao processo de terceirização situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras que asseguram a dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e, especialmente, do emprego.

Estes fundamentos, caracterizados como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, embasados em princípios e regras constitucionais, todos com indiscutível natureza e força normativa, impedem a redução da valorização do trabalho e emprego ou a frustração do objetivo da busca do bem-estar e justiça sociais.

Neste sentido, para a Constituição vigente, a terceirização sem limites não é compatível com a ordem jurídica brasileira.

Cumpra salientar, ainda, que o núcleo basilar de princípios especiais do Direito do Trabalho, nas lições de Delgado (2011), é o princípio da proteção do trabalhador, segundo o qual o Direito do Trabalho se estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia, o obreiro, visando retificar ou, pelo menos, minimizar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Uma das formas de materialização do princípio da proteção é a aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador. Ou seja, existindo duas regras disciplinando uma determinada situação concreta - em se tratando de Direito do Trabalho - aplica-se aquela que resulte em maiores benefícios ao empregado, afastando-se o princípio da hierarquia das normas, bem como as regras de aplicação das leis no tempo e no espaço.

Neste diapasão, depreende-se que, com o julgamento e o posicionamento do STF na citada decisão da ADC nº.16, houve grave desrespeito aos princípios básicos do Direito do Trabalho, o que, conseqüentemente, impacta negativamente na vida dos trabalhadores.

Assim, ao negar ao trabalhador o recebimento pelo trabalho, o STF age de forma contrária ao ordenamento jurídico como um todo, afrontando inclusive os direitos fundamentais dos obreiros.

Além disso, é inconteste o fato de que a Administração Pública deve respeitar os princípios e as normas legais relativas aos direitos dos trabalhadores, sendo vedado, até por força do artigo 37 da CF/88, a lesão aos direitos dos trabalhadores.

Com a condenação subsidiária da Administração Pública somente nos casos em que há comprovação de elementos que explicitam a ausência ou falha de fiscalização junto à empresa contratada, percebe-se que se estabelece uma inversão no ônus da prova (art. 6º, inciso VIII, da Lei 8078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor - CDC, combinado com o artigo 8º, *caput* e parágrafo único, da CLT), circunstância que obriga o empregado a provar que o órgão da Administração atuou culposamente (responsabilidade

subjetiva) na fiscalização da prestadora durante a execução de seu contrato de trabalho e no inadimplemento de suas verbas.

Como já exaustivamente dito, o §6º do artigo 37 da CF/88, ao prever a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, não faz distinção quanto ao tipo de responsabilidade, se cível ou trabalhista, ou seja, diz respeito, portanto, a qualquer dano, inclusive aos oriundos das relações contratuais trabalhistas.

Este entendimento, portanto, abre um precedente um tanto perigoso contra a própria sobrevivência do inciso IV da mencionada Súmula, bem como também para a perpetuação do instituto da responsabilidade subsidiária, pois, em respeito ao princípio da isonomia, claramente protegido pela CF/88, seria razoável que fosse aplicado à Administração Pública o mesmo tratamento conferido às empresas da iniciativa privada, respeitando, desta maneira, os princípios que guarnecem o trabalhador.

4.2 O alcance do ideal de justiça frente à responsabilidade subjetiva da Administração Pública

Todo o debate em torno da responsabilidade subjetiva da Administração Pública por obrigações trabalhistas leva à seguinte questão: a legalidade abrange o ideal de Justiça?

Importante trazer à baila o pensamento de John Rawls (2012), professor de Filosofia Política da Universidade de *Harvard*, nos Estados Unidos, citado no artigo “A Teoria da Justiça de John Rawls: um breve resumo crítico”, de autoria do Juiz Federal, Vilian Bollmann.

A “Justiça como Equidade” é a Teoria da Justiça de John Rawls, sobre a qual gira boa parte das discussões da filosofia política contemporânea, especialmente quanto ao tema da desigualdade ou distribuição de renda.

Para Rawls (2012), os princípios decorrem de uma visão mais geral, na qual os valores sociais da liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e autoestima devem ser distribuídos igualmente, salvo se alguma desigualdade for benéfica para todos. Ou seja, a injustiça seria uma desigualdade que não beneficia a todos.

A partir disso, Rawls (2012) formula a versão inicial de seus princípios de justiça. Inicialmente, aduz que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas e que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Prossegue, afirmando que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam, ao mesmo tempo, ordenadas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

Deste breve entendimento, nota-se que a aplicação da regra jurídica não pode desprezar as suas repercussões sociais. Quando a aplicação da regra afasta-se do ideal de justiça, deverá ser revista ou criados mecanismos voltados a atenuar tal distanciamento.

Isto porque, hoje, o conceito de legalidade distancia-se da restrita observância da letra exposta no texto legal. Parte-se, então, para uma legalidade mais ampla, atenta aos princípios consagrados explícita ou implicitamente na Constituição.

Nesse aspecto, vale lembrar que na CF/88 existem apenas três formas da Administração Pública admitir pessoal: concurso público, nomeação para cargo em comissão ou contratação temporária de excepcional interesse público, por prazo determinado.

Logo, o recorrente recurso à terceirização para a admissão de pessoal, muitas vezes na tentativa de burlar a regra do concurso público, deve, sim, gerar a responsabilidade objetiva da Administração Pública, decorrentes de encargos trabalhistas assumidos e não cumpridos pela empresa contratada.

Assim, a lei não pode ignorar as questões sociais que a envolve. Quando isso ocorre, deve-se recorrer a outros princípios constantes do ordenamento para conciliá-la à realidade. É o que deveria ser feito pela Justiça do Trabalho ao reconhecer a responsabilidade objetiva da Administração Pública, acreditando que, ao evitar a dilapidação de direitos trabalhistas, estará aplicando e exercendo o Direito Justo.

5. CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, aduziu-se que a terceirização retrata uma forma de flexibilização dos direitos trabalhistas, o que conduz à constatação de que a norma trabalhista

deve melhor adequar-se para a aplicação da responsabilidade objetiva aos entes da Administração Pública, nesta seara.

Discutiu-se que a terceirização veio, também, como forma para conter a crise, fazendo com que as empresas tivessem maior produtividade, com trabalhadores cada vez mais especializados, melhorando, assim, a qualidade dos serviços a custos mais baixos.

Porém, é necessário, para que não haja fraudes e abusos às normas trabalhistas, que esta nova forma de contratação de serviços seja melhor normatizada em nosso ordenamento jurídico.

Notou-se, também, que, embora o Tribunal Superior do Trabalho tenha visado a coibir fraudes por meio da terceirização do trabalho, com a edição da Súmula 331, ainda há omissões, fazendo com que muitos empregadores prefiram a contratação de trabalhadores por empresa interposta, buscando baratear custos e excluir sua responsabilidade direta pelas obrigações trabalhistas.

É imprescindível que o empregador observe alguns requisitos para que esta terceirização não seja desconsiderada, gerando o vínculo empregatício diretamente com ele, tais como: contratar com empresa idônea e fiscalizar o cumprimento por esta dos encargos trabalhistas; não ser o empregado terceirizado subordinado diretamente à empresa terceirizante; não haver a pessoalidade deste empregado.

Para tanto, é necessária, também, a adequação da norma, especificando regras para a terceirização, tanto na atividade-meio como na atividade-fim, seja no setor privado ou no público, delimitando quando ocorrerá a responsabilidade subjetiva e objetiva entre a empresa terceirizante e a interposta, objetivando resguardar os direitos dos empregados.

Enquanto houver a amenização da responsabilidade do tomador de serviços para com os encargos trabalhistas, haverá a contratação ilícita de terceirizados, visto ser o contrato de terceirização mais vantajoso para o empregador, pois este responde subsidiariamente e/ou subjetivamente para com os direitos do trabalhador.

Especificamente no âmbito do setor público, com base no artigo 37, parágrafo 6º, da CF/88, defende-se que a responsabilidade da Administração Pública deva ser objetiva, quando da ocorrência de inadimplemento de verbas trabalhistas pela prestadora de serviços.

Caso não se entenda que se trata de responsabilidade objetiva, mas de subjetiva, quando deverá o trabalhador provar a omissão na fiscalização contratual por parte do ente público, deve-se aplicar, analogicamente, a inversão do ônus probatório, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, combinado com o artigo 8º, *caput* e parágrafo único, da CLT.

Neste caso, deverá a Administração provar que a inadimplência não decorreu de sua omissão, o que será bastante improvável, uma vez que a sua obrigação seria rescindir imediatamente o contrato com a empresa terceirizada, na hipótese dos encargos trabalhistas deixarem de ser adimplidos (art. 78, I, lei n. 8666/93), retendo-se os valores que seriam repassados à empresa e destinando-os diretamente aos trabalhadores, com autorização judicial.

Por todo o exposto, frise-se que, atribuir a responsabilidade objetiva à Administração Pública, notadamente em relação às verbas trabalhistas oriundas dos seus contratos de terceirização firmados, é mais do que agir com justiça social, é respeitar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consubstanciado na pessoa do trabalhador hipossuficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, DF, 2002.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, RJ, 1943.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, DF, 1993.

BRASIL. Lei 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências, DF, 1974.

BRASIL. Lei 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências, DF, 1983.

BRASIL. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, DF, 1967.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, DF, 1990.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012.

A TEORIA da Justiça de John Rawls: um breve resumo crítico. Disponível em: <<http://ajusticaodireitoalei.blogspot.com.br/2012/12/a-teoria-da-justica-de-john-rawls-um.html>>. Acesso em: 16 de outubro de 2013.