

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

Helena Christina Vaz Carelli Fraga de Moraes

**A POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DO ARTIGO 71, § 1º, DA LEI DE
LICITAÇÕES E DA SÚMULA 331, INCISO V, DO TST**

Juiz de Fora

2014

Helena Christina Vaz Carelli Fraga de Moraes

**A POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DO ARTIGO 71, § 1º, DA LEI DE
LICITAÇÕES E DA SÚMULA 331, INCISO V, DO TST**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito na Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Orientador: Professor Flávio Bellini de
Oliveira Salles.

Juiz de Fora

2014
FOLHA DE AVALIAÇÃO

HELENA CHRISTINA VAZ CARELLI FRAGA DE MORAIS

**A POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DO ARTIGO 71, §1º, DA
LEI DE LICITAÇÕES E DA SÚMULA 331, INCISO V, DO TST**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data: 28/01/2014

Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Dorival Cirne de Almeida Martins

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Ms. Fernando Guillhon de Castro

Dedico esse trabalho á minha mãe Alleyna, que não mediu esforços para que eu alcançasse esse sonho e ao meu namorado Artur, que esteve sempre presente nesses 5 anos, e foi de suma importância na conclusão desse trabalho. Amo vocês.

Agradeço, ainda, ao Professor Flávio pela orientação e pela oportunidade de aprendizado na monitoria.

RESUMO

O escopo do presente trabalho é a análise da terceirização como fenômeno econômico e suas implicações na seara laboral. Analisa-se a questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada e o impacto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e da revisão da Súmula 331 do TST na doutrina e jurisprudência. São abordadas, ainda, as prerrogativas concedidas aos entes públicos no tocante à terceirização lícita. Nesse contexto, busca-se demonstrar, através da análise de dados dos processos da Turma Recursal de Juiz Fora relativos à responsabilidade subsidiária do ente público, que na prática ainda há divergência, propondo-se, por fim, uma solução da questão.

Palavras-chave: Terceirização. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização. Artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993).

ABSTRACT

The scope of this work is the analysis of outsourcing as an economic phenomenon and its implications for harvest labor. It analyzes the issue of secondary liability of Public Administration in the event of default of obligations by outsourced company, and the impact of the declaratory action of constitutionality n. 16 and the review of Precedent 331 of the TST in doctrine and jurisprudence. Are also addressed the privileges granted to public entities regarding the lawful outsourcing. In this context, we seek to demonstrate, through the analysis of process data from the Juiz de Fora's Class of Appeals relating subsidiary liability of the public entity that, in practice, there is still disagreement, proposing, finally, a solution for this issue.

Keywords: Outsourcing. Declaratory Action of Constitutionality 16. Precedent 331 of the Superior Labor Court. Secondary Liability of Public Administration in outsourcing contracts. Article 71, § 1º, of Law n. 8.666/93.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 01	
TERCEIRIZAÇÃO.....	11
1.1 Conceitos e definições.....	11
1.2 Evolução histórica.....	14
1.3 O tratamento diferenciado dado à Administração Pública.....	17
1.3.1 Princípio da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o primário.....	21
CAPÍTULO 02	
ADC 16.....	23
2.1 Julgamento da ADC 16-DF.....	23
2.2 Princípio da proteção.....	27
2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	29
2.4 Princípio da moralidade.....	30
CAPÍTULO 03	
ANÁLISE DE DADOS DA TURMA RECURSAL DE JUIZ DE FORA/MG	
.....	33
CAPÍTULO 04	
POSSÍVEL SOLUÇÃO DO PROBLEMA – O USO DA PRÓPRIA LICITAÇÃO	
COMO MEIO DE SE EVITAR RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS	
.....	40
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

INTRODUÇÃO

Uma questão que tem gerado muita polêmica no âmbito da Justiça do Trabalho é aquela referente à responsabilidade subsidiária da administração pública em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas terceirizadas.

Atualmente, a situação se apresenta da seguinte forma: os trabalhadores que não são pagos pelas empresas prestadoras de serviço também não têm obtido sua verba alimentícia via tomadores de serviço, quando órgãos públicos, já que estes se eximem de pagá-la, alegando o respeito ao artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993). Essa norma contempla a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato:

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.

Portanto, o trabalhador, reiteradamente, deve recorrer ao Judiciário Trabalhista para obter seu salário, sendo que já prestou seus serviços normalmente.

As cortes trabalhistas aplicavam a antiga redação da Súmula 331, inciso IV, do Colendo TST, que admitia a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em face da teoria da responsabilidade objetiva, prevista no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, e dos princípios constitucionais da proteção ao trabalhador e da valorização do trabalho humano.

Súmula 331 - Contrato de prestação de serviços. Legalidade

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos

serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993) (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

Ocorre que, no dia 24 de novembro de 2010, ao apreciar a Ação Declaratória de Constitucionalidade número 16, proposta pelo Governador do Distrito Federal, o STF concluiu pela constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, no sentido de afastar a responsabilidade subsidiária automática dos entes públicos, nos casos de inadimplência das empresas prestadoras de serviços por eles contratadas.

Porém, em análise da ação em tela, o Ministro Cezar Peluso salientou que “isto não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade nos fatos de cada causa”. Como se verá adiante, admite ele que o reconhecimento da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666 (BRASIL, 1993) não exclui, de modo absoluto, a responsabilidade do órgão público, mas, sim, que essa responsabilidade não será reconhecida genericamente, devendo se fundamentar “nos fatos de cada causa”, ou seja, deve ser provada de acordo com cada caso concreto.

Em face dessa orientação do STF, o TST revisou a Súmula n. 331 e incluiu o inciso V, o qual admite, apenas de forma excepcional, a responsabilidade subsidiária da entidade pública somente no caso de restar evidenciada a culpa *in vigilando* do tomador de serviços.

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 nº 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.

Ocorre que, ao se examinar a realidade após a alteração sumular, encontra-se um quadro diverso do pretendido no Judiciário Trabalhista. A adequação da Súmula 331 ao entendimento vinculante do STF na ADC n. 16 não gerou pacificação, mas, sim, uma verdadeira batalha entre a Administração Pública, que defende a aplicabilidade literal e integral do artigo 71 da Lei 8.666 (BRASIL, 1993), e, do outro lado, os advogados trabalhistas, o Ministério Público do Trabalho e os Tribunais Trabalhistas, que aplicam a súmula revista, condenando a Administração Pública ao reconhecer, no caso concreto, a culpa desta.

Destarte, pretende-se, neste trabalho, discutir a supracitada divergência, que coloca em confronto a defesa do ente administrativo e a defesa do trabalhador, e comprovar que há como se aplicar conjuntamente o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666 (BRASIL, 1993) e a Súmula 331, inciso V, do TST, interpretando-se esta última como uma exceção daquele.

Utilizou-se como técnica de pesquisa a documentação indireta, ou seja, aquela realizada através de pesquisa documental e bibliográfica, com análise da legislação vigente, da doutrina e da jurisprudência dominante das cortes trabalhistas, assim como do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, a experiência como estagiária no Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional em Juiz de Fora, ao longo de mais de um ano, foi de suma importância para a análise em questão, ao permitir o exame dos processos oriundos da Turma Recursal de Juiz de Fora/MG, os quais demonstram que a pacificação da questão se deu apenas no âmbito doutrinário, não na prática.

CAPÍTULO 01 – TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização consiste num fenômeno econômico, justificado pela concentração dos esforços empresariais em sua atividade fim, com vistas a um aumento de rendimento da atividade explorada, ao passo que as atividades periféricas são exercidas por terceiros estranhos à empresa.

1.1 Conceitos e definições

Na terceirização, verifica-se uma relação triangular, pela existência de três atores sociais, quais sejam: o trabalhador, a empresa prestadora (ou intermediadora) de serviços e a empresa tomadora de serviços.

Dessa forma, apesar de o trabalhador prestar serviços na empresa tomadora, seu vínculo empregatício se dá com a empresa prestadora de serviços. E entre as duas empresas, a tomadora e a intermediadora, tem-se um simples contrato civil.

Nas palavras do Ministro Maurício Godinho Delgado:

A terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.¹

¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 435

Já Vólia Bonfim Cassar ensina que:

Terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal.²

O processo de terceirização produziu, e ainda vem produzindo, diversas transformações no mercado de trabalho e no ordenamento justralhista do país. Vozes contrárias ao instituto afirmam que a terceirização aumenta a rotatividade de mão-de-obra e os níveis de desemprego, ao passo que outros defendem que a prática tende a otimizar o processo produtivo, reduzindo os custos.

Para o Direito do Trabalho, entretanto, o cerne da questão está nos efeitos da terceirização na relação de trabalho, que, sendo triangular, afeta os terceirizados, em geral sujeitos a condições mais precárias que os demais trabalhadores.

Nas palavras de Gustavo Filipe Barbosa Garcia

A terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades periféricas do tomador de serviços, passando a ser exercidas por empresas distintas e especializadas. Entretanto, para o direito do trabalho interessa o fato de se ter o trabalhador prestando serviços ao ente tomador, mas possuindo relação jurídica com a empresa prestadora de serviços.³

Questão afeta à terceirização, por estar prevista no inciso III da Súmula 331 do TST⁴, é a da distinção entre atividade-meio e atividade-fim. O inciso em comento, de forma genérica, permite a contratação, por meio de empresa interposta, de “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador,

²CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª ed. Niterói: Impetum, 2011. p. 510

³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008. p. 305

⁴ Súmula 331, item 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.

desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta”.

A análise da atividade econômica da empresa é o ponto de partida para a distinção entre atividade-meio e atividade-fim. A destinação econômica, a finalidade principal da empresa, é a sua atividade-fim, é aquela que caracteriza seu objetivo principal e que, normalmente, vem expressa no contrato social. Por sua vez, as atividades-meio são aquelas desempenhadas pela empresa, mas que não coincidem com seus fins principais; são periféricas e buscam dar condições para que a empresa atinja seus objetivos principais.

GODINHO explica que:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo, inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, as atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Por outro lado, as atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços (...) São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços (...), meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento.

Por fim, no que tange à terceirização, a atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade subsidiária, sendo esta objetiva, em se tratando do setor privado, e subjetiva, no caso do setor público, esta última decorrente de irregularidades na contratação ou falha na fiscalização da execução do contrato.

A responsabilidade subsidiária não está prevista na lei de forma expressa, sendo tratada no inciso IV da súmula 331 do TST⁵. Segundo

⁵ Súmula 331, item IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas

MARTINS, configura uma espécie de ordem de pagamento; não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (empresa tomadora dos serviços).⁶

1.2 Evolução Histórica

A terceirização é um fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho, visto que o instituto só foi efetivamente consolidado em fins da década de 1960 e início dos anos 70.

O segmento público foi o primeiro campo a ser contemplado com uma norma tratando do tema, com a edição do Decreto-Lei nº 200/67 e da Lei 5.645/70, quando da reforma administrativa implementada nas entidades estatais da União. Através da contratação de serviços executivos e operacionais, estimulou-se a prática da descentralização administrativa, com vistas a impedir o crescimento exagerado da máquina administrativa, com a criação de cargos públicos para atividades altamente especializadas.

O campo privado da economia, por sua vez, foi contemplado apenas em 1974, com a edição da Lei 6.019, que regula as hipóteses específicas de trabalho temporário, destinado a atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços. E, posteriormente, com a Lei 7.102/83, que contemplava de forma restrita a prestação de serviços de vigilância patrimonial ostensiva e de transportes de valores, por meio da contratação de empresa especializada. Esses diplomas legais produziram uma profunda, ainda que tardia, alteração no Direito do Trabalho, contemplando a relação trilateral, composta por empregado, empregador e empresa fornecedora de mão-de-obra.

O Decreto-Lei nº 200/1967 dispõe sobre a organização da Administração

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

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011

Federal, estabelecendo diretrizes para a reforma administrativa. Já em seu artigo 10, § 7º, preceitua:

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.

Restava, contudo, delimitar a amplitude dessa terceirização autorizada à administração pública. Posteriormente, com o advento da Lei 5.645/70, explicitou-se, já no artigo 3º, parágrafo único, as atividades e funções que poderiam ser objeto de descentralização.

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967 (Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997).

Observa-se, portanto, que o permissivo legal da terceirização no âmbito estatal é limitado, unicamente, às atividades relacionadas ao transporte, conservação, limpeza, manutenção e assemelhadas, tidas essas como atividades-meio.

Apesar dessa limitação, só cresceu o processo de terceirização no país, cada vez mais informal, diante do vácuo legislativo. A sociedade brasileira utilizou-se da terceirização nas mais diversas atividades, impondo, assim, um desafio à efetivação da proteção ao trabalhador.

Nos anos 80 e 90, a jurisprudência trabalhista, a par dessa nova realidade econômica, inclinou-se sobre o tema, cada vez mais controvertido, e,

na busca por uniformizar a matéria, o Tribunal Superior do Trabalho editou duas súmulas de jurisprudência uniforme, a de número 256, de 1986, e a de número 331, de dezembro de 1993. A súmula 256 foi revisada pela Súmula 331 (Resolução nº 23/1993, DJ 21.12.93), sendo, posteriormente, cancelada pela Resolução nº 121/2003, DJ 21.11.2003.

Súmula 256, TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Súmula 331, TST.I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.74).

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

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.83), e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das Autarquias, das Fundações Públicas e das Sociedades de Economia Mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71, da Lei nº 8.666/93).

A revisão da súmula 256 e a edição da súmula 331 em 1993 foram resultados da crescente flexibilização do tratamento dado à terceirização pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

O TST conseguiu distinguir a pura e simples intermediação de mão-de-obra, ainda hoje considerada ilegal e sem nenhuma justificativa plausível para a presença do intermediário, da prestação de serviços técnicos especializados. Dessa forma o tribunal reputou lícita a terceirização das atividades-meio, permitindo às empresas tomadoras de serviços o direcionamento de toda a sua energia produtiva para sua atividade-fim.

Ao permitir a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, o Tribunal Superior do Trabalho assegurou a proteção do trabalhador, impedindo que a terceirização gerasse precarização e desproteção dos trabalhadores.

Toda essa evolução no tratamento normativo dado à terceirização culminou com a edição da Súmula 331 (BRASIL, 1993), que trouxe à tona diversas questões jurídicas acerca da possibilidade de responsabilização da Administração Pública, que, como se verá adiante, levaram à revisão da referida súmula, em 2011.

1.3 O tratamento diferenciado dado à Administração Pública

A Constituição Federal de 1988 estabelece clara diferenciação entre entidades estatais e privadas, no tocante aos efeitos jurídicos da terceirização. Nos termos do artigo 37, II e § 2º, é vedado o vínculo empregatício com a administração pública sem a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Sendo assim, nulo é o ato de admissão sem a observância desse requisito.

Dessa forma, mesmo em caso de terceirização ilícita, é juridicamente inviável o reconhecimento da relação de emprego com entidades estatais, estabelecendo a Constituição Federal uma garantia em favor de toda a sociedade, o que denota clara aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Lado outro, a fim de regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Carta Maior

(BRASIL, 1988), editou-se, em 1993, a Lei 8.666, instituindo normas para licitações e contratos com a administração pública. O diploma consolidado, ao prever, em seu artigo 71, § 1º, a impossibilidade da responsabilização do ente público pelos encargos decorrentes da celebração do contrato, serviu como fundamento ainda maior para o tratamento diverso buscado pela administração pública desde então.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

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.

Porém, ainda em 1993, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que previa, em seu inciso IV, a responsabilidade subsidiária da administração pública direta, inclusive suas autarquias, fundações e sociedades de economia mista, tendo como únicos requisitos a participação na relação processual e no título executivo judicial.

A jurisprudência do TST, portanto, abriu margem para a responsabilização estatal, no mesmo ano em que a lei de licitações impedia

claramente essa situação.

Válido ressaltar que a mesma súmula 331 incorporou a vedação constitucional prevista no artigo 37, inciso II e parágrafo 2º⁷, acima mencionado, insculpindo em seu inciso II a impossibilidade de vínculo de emprego com órgãos estatais em caso de terceirização ilícita.

Logo, nos anos seguintes travou-se intensa batalha no Judiciário Trabalhista. Os entes públicos condenados ao pagamento dos débitos oriundos de reclamações trabalhistas de empregados terceirizados após regular processo licitatório eximiam-se de pagar esses valores, invocando a literalidade do artigo 71, § 1º, da Lei das Licitações (BRASIL, 1993).

A administração pública alegava, ainda, que as cortes trabalhistas, ao condenarem subsidiariamente esses entes, não estavam aplicando automática e absolutamente o dispositivo da Lei de Licitações. Logo, estavam, implicitamente, considerando tal dispositivo inconstitucional, sem que essa inconstitucionalidade tivesse sido decidida pela maioria do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, conforme disposto no artigo 97 da Constituição (BRASIL, 1988) e na Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008), *in verbis*:

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

Súmula Vinculante 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, ARTIGO 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato

⁷Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

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

normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade, pelo Governador do Distrito Federal, o STF decidiu por declarar constitucional o artigo 71 da Lei 8.666 (BRASIL, 1993). Esta decisão considerou incabível a responsabilização automática da administração pública, sendo necessária a existência de culpa *in vigilando* do ente público, que não mais poderia ser responsabilizado diante do simples inadimplemento por parte da empresa terceirizada.

Em 2011, em face da orientação da maior instância do Poder Judiciário, o Tribunal Superior do Trabalho conferiu nova redação ao item IV e acrescentou os itens V e VI à Súmula 331, que passou a ter a seguinte redação:

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

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.

Mais uma vez, uma prerrogativa foi conferida à administração, diferente da regra aplicável à comunidade em geral e prevista no supracitado inciso IV: a responsabilização do ente público, prevista no inciso V, carece de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, ou seja, omissão culposa na contratação ou na fiscalização da execução contratual.

Todas essas prerrogativas concedidas ao ente público têm como fundamento a proteção do chamado interesse público primário, que é o verdadeiro interesse a que se destina a administração pública, visto que traduz o interesse de toda a coletividade, que deve ser protegido em detrimento dos interesses particulares individuais e do interesse público secundário (que visa apenas o interesse patrimonial do Estado).

1.3.1 Princípio da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o primário

Para se preservar o interesse público supracitado, a administração tem prerrogativas, sendo algumas delas oriundas de princípios como os da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como o próprio nome já diz, preconiza que o interesse público, ou seja, o interesse de toda a coletividade, deve sempre prevalecer sobre os interesses privados ou individuais.

Esse princípio é tratado por Dirley da Cunha Júnior da seguinte maneira:

Este princípio exalta a superioridade do interesse da coletividade estabelecendo a prevalência do interesse público sobre o interesse do particular, como condição indispensável de assegurar e viabilizar os interesses individuais. A supremacia do interesse público sobre o interesse privado é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados nos seus direitos e bens.⁸

⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo, 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.p. 37

O Princípio da Legalidade, por sua vez, traz a idéia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme consagrado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

O princípio da legalidade tem duas vertentes: uma para a administração e outra para os particulares. A administração só pode fazer o que a lei determina, enquanto os particulares podem fazer tudo o que ela não proíba.

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que esse princípio:

...é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei.⁹

Como se sabe, por força da normatividade do artigo 37, caput, da Constituição de 1988, só é permitido ao ente público fazer aquilo que a lei permite, estando vinculado ao princípio da legalidade, acima conceituado.¹⁰

Destarte, conclui-se que a Administração Pública se utiliza desses dois princípios como mecanismos de defesa contra sua responsabilização subsidiária. Todavia, ao se apegar à literalidade do artigo 71, § 1º, e ao argumento de que o interesse de toda a coletividade deve ser preservado, em detrimento do pagamento a um único reclamante, o ente público se esquece de que o texto normativo e os princípios devem ser interpretados e aplicados de forma conjunta, a fim de proteger valores essenciais como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 88/89

¹⁰Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

CAPÍTULO 02 – ADC-16

Em sessão realizada no dia 24/11/2010, foi julgada a ADC n. 16-DF, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, provocando inúmeros reflexos na seara do Direito do Trabalho.

Tal julgamento, por ter sido resultado de uma ação declaratória de constitucionalidade, que é uma ação constitucional com foro na maior corte brasileira (Supremo Tribunal Federal), é de suma importância para o tema em questão.

Passa-se, agora, à análise detalhada da mesma, por, como já dito, representar a posição do Pretório Excelso.

2.1 Julgamento da ADC 16-DF

Muito se falou sobre o resultado do julgamento que culminou com a declaração de constitucionalidade do art. 71, parágrafo 1º, da Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993), mas, como se verá adiante, o STF afirmou que o simples inadimplemento das obrigações por parte da empresa terceirizada não transfere, de modo automático, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas ao ente público. Assim, em momento algum o STF vedou totalmente à Justiça do Trabalho a aplicação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

O viés interpretativo que pretendia vedar de forma absoluta a responsabilidade da administração pública foi defendido pela Ministra Carmem Lúcia, ao argumento de que, com relação ao artigo 71, “o dano considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público”¹¹.

Por fim, a Ministra propôs a interpretação literal do dispositivo legal,

¹¹ Inteiro teor. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> p. 34

como se infere do trecho a seguir:

Presidente, eu acho que aqui há um dado. A norma, como eu acabei de reler, é taxativa, no contrato administrativo não se transferem ônus à administração que são entregues ao contratado. Se a justiça do trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei, não há alternativa.¹²

Não foi este, contudo, o entendimento dos demais Ministros, conforme se verifica da transcrição dos votos, dos quais se passa à análise.

Em meio ao debate, o Relator Ministro Cezar Peluso afirmou:

Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, se o tribunal reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o tribunal não pode nesse julgamento impedir que a justiça do trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração.

E ainda, quando questionado pelos Ministros Marco Aurélio e Carmem Lúcia, asseverou:

Só estou advertindo ao Tribunal que isso (declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º) não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos (...). Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos.

No mesmo sentido, e igualmente claro, é o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski:

Eu tenho acompanhado esse posicionamento do Ministro Cezar Peluso no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque

¹² Inteiro teor. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> p. 38

realmente ela é decidida sempre no caso concreto, se há culpa ou não. 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 no cenário jurídico e mesmo no 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 art. 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666.¹³

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes, preocupado com as implicações de um julgamento que determinasse a total e irrestrita irresponsabilidade dos entes públicos pela fiscalização dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, proferiu o seguinte voto:

É bem verdade que os pontos que tem sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa decisão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a idéia da súmula, mas que haja essa culpa *in vigilando*, fundamental. Talvez aqui reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que tem que fiscalizar, que inicialmente são os órgãos contratantes, e depois os órgãos fiscalizadores, de modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento, pelo menos das verbas elementares, o pagamento de salário, o recolhimento da previdência social e do FGTS.¹⁴

Como explicitado acima, na opinião do Ministro Cezar Peluso, que foi acompanhado nesse posicionamento pelo Ministro Ricardo Lewandowski, é

¹³ Inteiro teor. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> p. 44

¹⁴ Inteiro teor. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> p. 45

possível a coexistência de ambos os textos legais. Toda essa batalha travada no Judiciário seria evitada se os advogados, nas reclamações trabalhistas que ajuízam em todo o território nacional, tivessem o discernimento de seguir as disposições do STF e do TST conjuntamente, e só demandar contra a Administração Pública caso houvesse a existência e, principalmente, a comprovação da conduta culposa da administração, nas modalidades da *culpa in eligendo* ou da *culpa in vigilando*.

Com base em tudo o que já foi exposto, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho têm, na verdade, o mesmo entendimento em se tratando da matéria ora analisada. A declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, não gera, por si só, a impossibilidade de aplicação da Súmula 331, inciso V, do TST, uma vez que esta foi “criada” a fim de se adequar justamente ao entendimento consolidado na ADC n. 16.

É este, também, o entendimento do Ministro do TST, José Roberto Freire Pimenta, ao discorrer sobre o tema em artigo publicado na revista LTR, volume 75, julho de 2011:

Naquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal absolutamente não reconheceu, com base naquele preceito legal e como pretendiam as centenas de entes públicos que atuaram como interessados nos autos daquela Ação Direta de Constitucionalidade, a total impossibilidade de condená-los a responderem de forma subsidiária pelos débitos trabalhistas dos contratados que lhe prestarem serviços por intermédio de trabalhadores terceirizados – apenas ali se condicionou essa condenação a apuração, à luz das provas e circunstâncias de cada caso concreto, da culpa do ente público demandado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.¹⁵

¹⁵PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n.16-DF e a nova redação dos itens IV e V da súmula n.331 do Tribunal Superior do Trabalho. LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v.75, n. 07, jul. 2011

Destarte, a declaração de constitucionalidade de uma norma legal não impede que outra norma seja aplicada conjuntamente com outras normas e princípios, por meio de uma interpretação sistemática de todo o ordenamento.

Se, antes da ADC 16, o Tribunal Superior do Trabalho vinha aceitando, de forma irrestrita a responsabilidade estatal, agora, com a declaração de constitucionalidade e com o direcionamento dado pelo STF, a Corte Trabalhista deve estar atenta à análise pontual, em cada caso, de existência ou não da culpa *in eligendo* e da ausência de fiscalização dos contratos.

2.2 Princípio da proteção

É de suma importância a existência dessa exceção prevista na Súmula 331, inciso V, do TST, tendo em vista que não se poderia admitir que a administração pública se beneficiasse do esforço produtivo do trabalhador e este, por conta da inadimplência da prestadora de serviços, acabasse por nada receber. A aplicação do artigo 71 da Lei de Licitações em sua literalidade, como defende a administração pública, apresentaria o pior lado do fenômeno da terceirização. É imprescindível que exista uma mitigação desse dispositivo, como forma de proteger o trabalhador.

Assim, a fim de defender a responsabilidade, ainda que pontual, do ente público, escora-se em um dos mais basilares princípios, que se traduz em importante postulado da Justiça Trabalhista, qual seja o Princípio da Proteção, que o Procurador do Trabalho Renato Saraiva conceitua como:

O princípio da proteção consiste em conferir ao pólo mais fraco da relação laboral – o empregado – uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a tutelar os direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente. O Princípio da Proteção, em verdade, insere-se na estrutura do Direito do Trabalho como forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, possibilitando a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e

permitindo o bem-estar social dos obreiros.¹⁶

Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite:

O Princípio da Proteção deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concedido para realizar o direito do trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes no processo laboral.¹⁷

O princípio supracitado é o principal referencial teórico que embasa a corrente favorável à diretriz adotada pelo TST, na medida em que esta Corte procedeu à alteração da súmula com vistas a retomar o equilíbrio da relação empregado-empregador, profundamente afetada pela declaração de constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações, a fim de que, ao proceder à análise do caso concreto e sendo verificada a conduta culposa, seja o ente público responsabilizado pelos encargos trabalhistas resultantes do contrato.

Como leciona o Ministro Maurício Godinho Delgado:

O Princípio da Proteção informa que o Direito do Trabalho 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 atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.¹⁸

Afirma, ainda, que:

Todos os princípios decorrentes desse princípio cardinal do Direito do Trabalho, também criam, no âmbito de sua abrangência uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia.¹⁹

Logo, a Justiça Trabalhista busca, como fim primordial, a proteção da

¹⁶ SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho. 13 ed. São Paulo: Método, 2011. p. 32

¹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2007.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. 7ª Ed. São Paulo: Ltr, 2011

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. 7ª Ed. São Paulo: Ltr, 2011

pessoa do trabalhador, em razão de sua inferioridade econômica e social. A ADC n. 16 prejudicaria os trabalhadores que laboram para os órgãos da Administração Pública de forma terceirizada, haja vista que ficariam desamparados em caso de inadimplemento da empresa interposta.

O Princípio da Proteção, considerado em seu sentido amplo, ao influir em toda a estrutura do ramo jurídico trabalhista, protege os direitos fundamentais do trabalhador, na medida em que preza pela valorização do trabalho, da justiça social e impede o enriquecimento sem causa do empregador, constituindo verdadeira proteção social ao trabalhador.

2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, serve de esteio para os modernos ordenamentos jurídicos e se encontra no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988²⁰. Assim sendo, Marcelo Novelino Camargo ensina que:

A dignidade da pessoa humana não é um direito concedido pelo ordenamento jurídico, mas um atributo inerente a todos os seres humanos, independente de sua origem, sexo, raça, cor ou quaisquer outros requisitos. A consagração no plano normativo constitucional significa tão-somente o dever de promoção e proteção pelo Estado, bem como o respeito por parte deste e dos demais indivíduos.²¹

Além disso, com fundamento no artigo 7º da Carta Maior, o valor social do trabalho constitui patamar fundamental, do qual não podem ser privados aqueles que, com sua força de trabalho, concretizam o interesse público, cumprem sua parte no contrato e não recebem a contraprestação por esse

²⁰Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

²¹CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org). Leituras Complementares de direito constitucional – Direitos humanos e direitos fundamentais. 3ª ed. Podium. Salvador, 2008.

trabalho.

À luz desse princípio, o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666 (BRASIL, 1993) não confere à Administração a imunidade absoluta pretendida, não podendo ser interpretado de forma sistemática, atribuindo-se-lhe valor maior do que realmente pode alcançar, visto que um único dispositivo não pode ter o condão de anular outras normas jurídicas e de perturbar de forma tão grave toda a proteção que o constituinte outorgou à dignidade da pessoa humana e ao trabalho como valor fundamental para a vida e para a sociedade.

2.4 Princípio da moralidade

Com previsão expressa na Constituição Federal, no caput do art. 37²², o Princípio da Moralidade tem como finalidade precípua impedir a tradição do Estado brasileiro de, na busca de seus próprios interesses, colocar-se acima da lei e das obrigações impostas aos outros, respeitando-se, assim, a eticidade.

Nas palavras de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.²³

A Administração Pública não tem o direito de, invocando a literalidade de uma norma, causar prejuízos a terceiros, negando-se a cumprir obrigações jurídicas por ela mesma acordadas.

²²Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

²³ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual do Direito Administrativo. 23ª Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010.

Assim, o ente público, ao contratar com empresa inidônea, não pode eximir-se da responsabilidade de fiscalizá-la, acarretando danos materiais e morais aos trabalhadores terceirizados.

Ensina Helly Lopes Meireles:

A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput).(…) O agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – 'non omne quod licethonestum est'. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.(…)²⁴

Ressalte-se que não se defende, neste trabalho, o desrespeito ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666 (BRASIL, 1993), já declarado constitucional em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade pela Suprema Corte, mas, sim, uma correta utilização do mesmo, através de uma ponderação principiológica, no sentido de valorização dos valores sociais do trabalho e da proteção à pessoa do trabalhador, através da utilização da Súmula 331, inciso V, do TST, a fim de imputar à Administração Pública a responsabilidade apenas nos casos em que ela, comprovadamente, tiver culpa.

A aplicação do artigo 71 não pode eximir a Administração Pública da obrigação constitucional de observância dos princípios da moralidade pública,

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79/80

da dignidade da pessoa humana e da proteção do trabalho.

CAPÍTULO 03- ANÁLISE DE DADOS DA TURMA RECURSAL DE JUIZ DE FORA-MG

Até agora, apesar da adequação da Súmula 331 do TST à orientação dada pelo STF, no sentido de que o TST não pode generalizar os casos, mas deve investigar com mais rigor se, no caso concreto, a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização do órgão competente, não houve, na prática, pacificação quanto ao tema.

A Administração Pública apegou-se ao julgamento da ADC n. 16 para defender, até as instâncias recursais, a não obrigação do pagamento das parcelas devidas aos trabalhadores que, por via de terceirização, tenham prestado serviços a ela. Tal situação ocorre em todas as esferas federativas e em todo o país, causando transtornos ao trabalhador e mais processos ao já sobrecarregado Judiciário.

A turma descentralizada do TRT da 3ª Região tem competência para julgar os recursos oriundos das Varas do Trabalho de Barbacena, Cataguases, Muriaé, São João Del Rei, Ubá e, logicamente, os recursos de Juiz de Fora. O Ministério Público do Trabalho, por sua vez, desempenha papel de defensor da lei, intervindo nos feitos judiciais em curso nos quais haja interesse público a proteger e emitindo pareceres em processos de competência da Justiça do Trabalho.²⁵

Passa-se, então, à análise quantitativa dos pareceres emitidos pela Procuradoria Regional do Trabalho em Juiz de Fora, nos processos de competência da Turma Recursal deste município que versam sobre a matéria, a fim de se proceder a um mapeamento local da questão.

²⁵ Conforme dispõe a Lei Complementar 75/93, em seu art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:
VII - funcionar nas sessões dos Tribunais Trabalhistas, manifestando-se verbalmente sobre a matéria em debate, sempre que entender necessário, sendo-lhe assegurado o direito de vista dos processos em julgamento, podendo solicitar as requisições e diligências que julgar convenientes nos segundo e terceiro graus de jurisdição da Justiça do Trabalho, quando a parte for pessoa
XIII - intervir obrigatoriamente em todos os feitos jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional.

No período compreendido entre dezembro de 2012 e dezembro de 2013, o *Parquet* emitiu duzentos e quatorze pareceres, opinando, na totalidade deles, pelo conhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público.

Dessa análise, percebe-se que os maiores litigantes são a União e suas autarquias, como as Universidades Federais de Juiz de Fora (UFJF), de Viçosa (UFV) e de São João Del Rei (UFSJ), além do próprio Estado de Minas Gerais. No âmbito municipal, por sua vez, as grandes demandadas, subsidiariamente, são as Prefeituras de Leopoldina, Matias Barbosa, Barbacena, Volta Grande, Santos Dumont, Ubá, Cataguases, Guidoal, Sem Peixe, Coronel Pacheco e Juiz de Fora.

Contabilizou-se ainda, no pólo passivo desses recursos ordinários, vinte e quatro empresas²⁶ prestadoras de serviços, sendo as mais demandadas a Modern Service Locação de Mão de Obra Ltda., a Acert Conservação e a Limpeza e Work – Services Conservação e Limpeza, contratadas pela UFV, e a Trevoservis Ltda., que mantinha contrato com a UFJF.

O ponto crucial dessa análise reside no fato de que nessas duzentas e quatorze ações, nas quais se discutiu a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público, não foram seguidas as disposições emanadas do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho. Hora alguma os entes públicos preocuparam-se em provar que não incorreram em culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, mas apenas alegaram, reiteradamente, a violação ao princípio da legalidade, em razão do desrespeito ao artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93. Observou-se, ainda, que os entes públicos alegaram o desrespeito ao entendimento vinculante emanado da ADC 16, sem,

²⁶São elas: Acert Conservação e Limpeza Ltda; Alto Padrão Serviços Empresariais Ltda.; Arizona Assessoria Empresarial e Serviços Técnicos Ltda.; Assessoria Empresarial e Serviços Técnicos Ltda.; Atran II Comércio e Serviços de Limpeza Ltda.; Coletec Ltda.; Construtora e Incorporadora A Nacional Ltda.; D e L Recursos Humanos Ltda.; Delta Serviços Terceirizados Ltda.; Diedro Construções e Serviços Ltda.; Denjud Refeições Coletivas, Administração e Serviços; Instituto Cidade – COTRAEMPO/JF; KTM Administração e Engenharia Ltda.; Minas Serviços Gerais Ltda.; Modern Service Locação de Mão de Obra Ltda.; Moriah Empreendimentos Ltda – EPP; Pationay Locação de Mão de Obra Ltda.; Santec Ambiental Planejamentos e Logística Ltda.; Seter Serviços e Terceirização de Mão de Obra Ltda.; Soma Terceirização e Serviços Ltda.; Trevoservis Ltda.; Universo Serviços e Assessoria Empresarial Ltda.; Vigimins Serviços de Vigilância e Segurança Ltda.; WORK- Services Conservação e Limpeza.

contudo, atentar para os fundamentos da decisão ali proferida.

De se ver que todo o aparato estatal é movimentado para um resultado já previsto e consolidado, limitando-se a discutir se é possível a responsabilização subsidiária, quando os esforços deveriam ser direcionados a provar o cumprimento do dever legal de fiscalização.

Cumprе ressaltar, no que tange ao ônus probatório, que, nesse caso, não se adota a regra que determina que ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos do seu direito e, ao réu, apresentar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, visto que a prova da efetiva fiscalização somente é possível ao ente público, posicionamento que vem sendo adotado em sede jurisprudencial:

No que diz respeito à culpa *in vigilando*, somente a Administração Pública tem condições de provar que fiscalizou efetivamente a empresa por meio, por exemplo, de requerimentos e relatórios de pagamentos mensais de FGTS, salários entre outros meios. Apenas com a prova prévia da existência de fiscalização poderá o juízo adentrar a discussão sobre a sua legitimidade.

Deve-se ter em mente que a ausência de fiscalização, por se tratar de fato negativo, torna praticamente impossível sua comprovação por parte do empregado, que é parte hipossuficiente na relação jurídica.

Disso conclui-se que há responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando verificada sua omissão culposa em função do descumprimento de normas de observância obrigatória, sendo seu o ônus de demonstrar o cumprimento da Lei.²⁷

Assim sendo, não cabe ao reclamante, ao propor a reclamação trabalhista, a prova de que o ente público incorreu em desídia fiscalizatória. Cabe à própria Administração Pública apresentar elementos nos autos que

²⁷ RO 0000131-07.2013.5.03.0035. Publicado em 19/12/2013. Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=39129>>. Acesso em 07 de janeiro de 2014. p.09

comprovem, por exemplo, quem exercia essa efetiva fiscalização²⁸ ou a exigência mensal de comprovação de quitação dos encargos trabalhistas e sociais pela intermediária.

Com o fito de demonstrar que a jurisprudência trabalhista consolidou-se nesse sentido, seguem alguns julgados proferidos em processos que têm como partes as empresas terceirizadas e os entes públicos acima elencados:

RECURSO ORDINÁRIO 0000583-08.2013.5.03.0038

Órgão Julgador: Tuma Recursal de Juiz de Fora

Relator:Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim

Revisor:Heriberto de Castro

Vara de Origem:4a. Vara do Trab.de Juiz de Fora

Publicação: 12/12/2013

Recorrente: Universidade Federal de Juiz de Fora -UFJF

Recorridos: 1) Elmar Fabrício Alves

2)Trevoservis Ltda.

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UFJF. CARACTERIZAÇÃO. CULPA IN VIGILANDO COMPROVADA.

A declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, pelo Supremo Tribunal Federal, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa. Nos termos da nova redação da Súmula 331 do C.TST, os entes públicos que compõem a administração direta e indireta, enquanto tomadores de serviços, respondem subsidiariamente pelos débitos trabalhistas decorrentes do inadimplemento das respectivas prestadoras de serviços contratadas quando concorrem com culpa para o evento danoso, ao não fiscalizar a correta execução do contrato. Apelo desprovido.²⁹

RECURSO ORDINÁRIO 0000592-32.2012.5.03.0158

Órgão Julgador: Tuma Recursal de Juiz de Fora

Relator:Heriberto de Castro

Revisor:Luiz Antonio de Paula Iennaco

Vara de Origem:Posto Avancado de Vicosá

Publicação: 21/06/2013

Recorrente: Universidade Federal de Viçosa - UFV

²⁸ Nesse sentido o artigo 67 da Lei de Licitações. Art, 67 A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

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

²⁹ RO 0000583-08.2013.5.03.0038. Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=40634>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2013

Recorridos: 1) Sylvania Bhering Batista
2) WORK Services Conservação e Limpeza Ltda.

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO COMPROVADA. Uma vez constatado que no decorrer da execução do contrato o ente público não observava as medidas assecuratórias previstas em lei, não fiscalizando o cumprimento das obrigações contratuais por parte da prestadora dos serviços por ele contratada, empregadora direta da reclamante, evidencia-se a conduta culposa do ente em questão, a atrair a aplicação do item V da Súmula 331/TST. Apelo a que se nega provimento.³⁰

RECURSO ORDINÁRIO 0000649-50.2012.5.03.0158

Órgão Julgador: Tuma Recursal de Juiz de Fora

Relator: Luiz Antonio de Paula Iennaco

Revisor: Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim

Vara de Origem: Posto Avançado de Vicosá

Publicação: 08/11/2013

Recorrente: Universidade Federal de Viçosa - UFV

Recorridos: 1) Marli do Carmo Martins

2) Acert Conservação e Serviços Gerais Ltda

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VALIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 71, § 1º. DA LEI Nº 8.666/93. CULPA IN VIGILANDO. Ainda que, em virtude da realização de procedimento licitatório, não se possa imputar à Administração Pública culpa *in eligendo*, sua omissão em fiscalizar o cumprimento das obrigações decorrentes da relação de emprego ao longo de seu curso configura culpa *in vigilando*, o que atrai sua responsabilidade subsidiária.³¹

Por fim, como afirmado no início do presente trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho vem mantendo as condenações dos Tribunais Regionais do Trabalho quanto à questão e aplicando a Súmula 331 e a nova redação do inciso V, como se pode concluir diante da notícia veiculada no site do próprio TST:

A Subseção II Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2) do Tribunal Superior do Trabalho (TST) não acolheu recurso ordinário em ação rescisória do município de Joinville (SC) e manteve a condenação de pagamento de débitos trabalhistas a uma profissional terceirizada por falta de fiscalização pela empresa prestadora de

³⁰ RO 0000592-32.2012.5.03.0158. Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=40634>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

³¹ RO 0000649-50.2012.5.03.0158. Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=40634>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

serviço. O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) julgou improcedente a ação rescisória, contra julgamento do próprio TRT, por não constatar violação à Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) e nem à Constituição Federal, como defendia o município.

O ministro Emmanoel Pereira, relator do recurso na SDI-2, destacou que o Tribunal Regional não declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/1993, e nem afastou a sua incidência. Na sua decisão, o TRT, "interpretando a Lei de Licitações em conjunto com o restante do ordenamento jurídico", concluiu que a administração pública pode responder de forma subsidiária pelos débitos trabalhistas quando incorrerem na culpa da fiscalização do contrato de prestação de serviços, não havendo aí violação ao artigo 97 da Constituição.

Para o ministro, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 não impediu que a Justiça do Trabalho reconheça a responsabilidade da ente público nesses casos. "A ressalva da Suprema Corte foi sobre a aplicação, de forma irrestrita, do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, isto é, sem o exame da conduta culposa da Administração Pública" afirmou ele.³²

Por fim, o número de pareceres (214) emitidos ao longo de apenas poucos meses, entre dezembro de 2012 e dezembro de 2013, demonstra a relevância e atualidade do tema em exame, visto que, apenas na região de Juiz de Fora, milhares de trabalhadores foram afetados por essa situação.

Cumprе ressaltar ainda que, atualmente, encontra-se suspenso no STF, o julgamento de três reclamações³³, nas quais a Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco (Codevasf), a União e o Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de Minas Gerais discordam da aplicação, pela Justiça do Trabalho, do entendimento do próprio STF sobre a responsabilidade da Administração Pública sobre obrigações trabalhistas de empresas contratadas.

A suspensão se deu em razão do pedido de vista da Ministra Rosa Weber, no dia sete de novembro de 2013, pedido este que foi formulado depois que a relatora, Ministra Cármen Lúcia, votou pela procedência das três

³²http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-mantem-condenacao-de-municipio-por-falta-de-fiscalizacao-decontrato?. Acesso em 18 de março de 2013.

³³ Rcl. 14.996, Rcl. 15.342 e Rcl 15.106

reclamações. Os autores das reclamações alegam justamente que as decisões contestadas violaram o parágrafo 1º do artigo 71 da Lei 8.666, uma vez que estabeleceram responsabilidade direta e automática da Administração Pública pelos débitos trabalhistas, e não apenas no caso de comprovada a responsabilidade.

CAPÍTULO 04 - POSSÍVEL SOLUÇÃO DO PROBLEMA – O USO DA PRÓPRIA LICITAÇÃO COMO MEIO DE SE EVITAR RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

Quando a Administração Pública contrata, em regra precisa valer-se da figura da licitação, que objetiva encontrar a melhor proposta para a Administração, entre as ofertadas a ela. Esse instituto é conceituado, por José dos Santos Carvalho Filho, como:

...o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção de melhor trabalho técnico, artístico ou científico.³⁴

Para concluir esse procedimento da maneira correta, vale-se o administrador de vários princípios, como o da legalidade, igualdade, moralidade, impessoalidade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, entre outros. Mas não se pode esquecer que também deve respeitar os princípios gerais do Direito Administrativo, como o da eficiência, mais importante para o caso em questão. Tal princípio, fruto da EC 19/98, prega que o administrador deve fazer o máximo com o mínimo possível, ou seja, busca-se a produtividade e economicidade.

Válido ressaltar que a licitação possui previsão constitucional explícita, constante do art. 37, XXI, da CF, que estabelece que:

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

³⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 256

O correto uso da licitação pode, muitas vezes, evitar responsabilidades trabalhistas para a Administração, pois ela mesma, na licitação, deve se precaver de futuros problemas dessa ordem, que ocorrerão em caso de não cumprimento do contrato por parte da entidade contratada.

Esse cuidado é possível, uma vez que a licitação possui diversas fases, sendo uma delas a fase de habilitação (art. 27 da Lei 8.666/93), que consiste na verificação da aptidão do candidato para a futura contratação.

Chama-se a atenção, outrossim, para a parte final do supracitado dispositivo constitucional, que cita a qualificação econômica da contratada. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (p. 309, 2010), essa qualificação “é o conjunto de dados que fazem presumir que o licitante tem capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato”.

Ou seja, nessa etapa da fase de habilitação, o licitante deve observar com extremo cuidado a capacidade das empresas participantes desse procedimento, devendo rejeitar as que não tenham como arcar com os ônus de sua atividade empresarial, seja rejeitando as que não mostrarem exercícios financeiros em bom estado, seja as que não tiverem um mínimo de capital social, evitando, assim, as empresas de fachada, criadas pouco tempo antes da licitação se deflagrar, ou, até pior, criadas apenas para essa licitação específica.

A própria Lei de Licitações (Lei 6.663/93) trata dessa qualificação, em seu artigo 27 e em outros:

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

III - qualificação econômico-financeira;

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

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

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

§2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

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

A Administração não deve contratar empresas que apenas oferecem a melhor proposta. O princípio da eficiência deve ser aplicado de forma mais ampla, devendo a Administração analisar, durante todo o processo licitatório, se a empresa tem solvência financeira, uma capacidade financeira capaz de pagar os débitos oriundos de reclamações trabalhistas etc., para que não recaiam estes sobre o Estado. Assim, haveria uma maior efetividade, visto que a Administração não pagaria em excesso e contribuiria para a diminuição das fraudes e irregularidades que existem nessas empresas terceirizadas criadas especificamente para determinadas licitações.

Essa questão foi tratada pelo Ministro do TST, Ives Ganda da Silva Martins Filho, em artigo publicado na Revista Ltr:

No setor público, as distorções que se tem visto em matéria de terceirização, em face da Lei de Licitações adotar como critério o menor preço do bem ou do serviço, fazem com que as irregularidades se multipliquem: empresas de fachada, que loteiam entre si os contratos com o setor público, possuindo, muitas vezes, apenas uma sala, telefone e computador, e desaparecendo do mercado quando recebem valor substancial de recursos financeiros ou não tem

condições de honrar as condições mínimas a que se comprometeram para vencer à licitação.³⁵

Diante do exposto, percebe-se que o administrador deve dar maior relevância à fase de habilitação das licitações, com o intuito de observar o princípio constitucional da eficiência. Não agindo dessa forma, a situação atual manter-se-á inalterada, causando inúmeros transtornos aos trabalhadores, excesso de ações no Judiciário e gastos desnecessários do ente público, originados da incapacidade das empresas contratadas de cumprirem com suas obrigações legais.

³⁵FILHO, Ives Gandra da Silva Martins Filho. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v.75, n. 11, nov. 2011

CONCLUSÃO

Conclui-se com o presente trabalho monográfico que a terceirização é um processo de suma importância na estrutura econômica do país, mas sua regulação foi tardia e escassa, gerando prejuízos para o trabalhador.

No âmbito público, a terceirização tem como finalidade impedir o super aparelhamento estatal, com a realização de concursos e criação de cargos para atividades como segurança, conservação e limpeza, tidas como atividades-meio.

O instituto foi definitivamente regulado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho em 1993. Contudo, o inciso IV da referida súmula conflitou com o disposto no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações. Após inúmeras discussões, o Supremo Tribunal Federal, em 2010, declarou constitucional o supracitado artigo, levando o TST a revisar a Súmula 331, a fim de adequá-la ao entendimento emanado da ADC 16.

O novo tratamento dado à terceirização e consubstanciado no inciso V da Súmula prevê que o ente público poderá ser condenado ao pagamento das parcelas de natureza trabalhista, mas não de forma automática, no caso do simples inadimplemento da empresa prestadora de serviços. Sua responsabilização será possível apenas excepcionalmente, caso evidenciada sua conduta culposa na contratação ou na fiscalização da execução contratual, análise esta que deverá ser realizada em cada caso concreto.

Em razão do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, muitas prerrogativas foram concedidas aos entes públicos, prerrogativas essas que muitas vezes geraram desproteção para os trabalhadores. Através de uma ponderação de princípios, como o da proteção, da dignidade da pessoa humana e da moralidade, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho chegaram ao entendimento presente no inciso V da Súmula 331.

Conclui-se, ainda, que o reposicionamento da Justiça do Trabalho e a pacificação da questão no âmbito doutrinário e jurisprudencial não foram

transferidos para a prática. Como se percebe por simples amostragem, as reclamações trabalhistas, já no ano de 2013, dois anos após a alteração sumular, ainda discutem apenas e tão somente a responsabilidade subsidiária ou não do ente público, quando o que deveria ser discutido e provado seria a culpa *in eligendo* e *in vigilando* do ente público.

A Administração vem movimentando toda a já atolada máquina judiciária para discutir uma questão pacificada, enquanto deveria envidar esforços no cumprimento das disposições legais, a fim de provar, apenas e tão somente, a ausência de sua culpa.

Por fim, propõe-se aqui uma forma de a Administração Pública precaver-se dessa responsabilidade, ao licitar de forma correta, não escolhendo apenas e tão somente a empresa que ofereça o menor preço, mas procedendo a uma análise mais profunda, já na fase de habilitação, da real capacidade financeira da empresa. O princípio da eficiência, sendo utilizado na contratação, impede que empresas de fachada, criadas com a finalidade de cometer fraudes, deixem os trabalhadores desamparados e a Administração Pública com o encargo de realizar pagamentos devidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves; VIANA, Márcio Túlio. **Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a súmula n.331 do TST – novos enfoques**. LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v.75, n. 03, mar. 2011.

BERNARDES, Juliana; FREIRE, Teresa. **Terceirização e Responsabilidade Subsidiária**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/27256/2012_freire_teresa_bernardes_juliana.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 de janeiro de 2014.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de março de 2013.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 15 de março de 2013.

_____. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 de março de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF**. Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=166=ADCorigem=APerecurso-0etipoJulgamento=M>> Acesso em: 04 de junho de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF**. Inteiro teor. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUM E.%20E%20S.FLSV.base=baseSumulasVinculantes>> Acesso em: 15 outubro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**, Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf.> Acesso em: 19 de março de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n 0000583-08.2013.5.03.0038. Recorrente: Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Recorridos: Elmar Fabrício Alves e Trevoservis Ltda. Relator: Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim. Juiz de Fora, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=40634>> Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n 0000592-32.2012.5.03.0158. Recorrente: Universidade Federal de Viçosa – UFV. Recorridos: Sylvania Bhering Batista e Work – Services Conservação e Limpeza Ltda. Relator: Heriberto de Castro. Juiz de Fora, 21 de junho de 2013. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=40634>> Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n 0000649-50.2012.5.03.0158. Recorrente: Universidade Federal de Viçosa – UFV. Recorridos: Marli do Carmo Martins e Acert Conservação e Serviços Gerais Ltda. Relator: Luiz Antônio de Paula Iennaco. Juiz de Fora, 08 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=40634>> Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana**. In: **CAMARGO, Marcelo Novelino (org). Leituras Complementares de direito constitucional – Direitos humanos e direitos fundamentais**. 3 ed.. Salvador: Podivm, 2008.

CASSAR, Vólia Bomfin. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetum, 2011

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. **A terceirização na administração pública e constitucionalidade do art. 71, lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010)**. LTr Legislação do

Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v.75, n. 03, mar. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**, 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

FILHO, Ives Gandra da Silva Martins Filho. **O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas**. LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v.75, n. 11, nov. 2011.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

GIGLIO, Wagner Drdla. **Terceirização**. LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v.75, n. 04, abr. 2011

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n.16-DF e a nova redação dos itens IV e V da súmula n.331 do**

Tribunal Superior do Trabalho. LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v.75, n. 07, jul. 2011

REBICKI, Rafael Antônio. **A terceirização pela administração pública - a nova súmula 331 do TST.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10873>. Acesso em: 17 de março de 2013.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho.** 13. ed. São Paulo: Método, 2011.

SILVA, Antônio Álvares da. **Responsabilidade da administração pública nas terceirizações.** LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v.75, n. 03, mar. 2011.

_____. **Globalização, Terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal.** 1 ed. São Paulo: LTr, 2011.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>.

Acesso em: 17 de março de 2013

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>. Acesso em: 18 de março de 2013

http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-mantem-condenacao-de-municipio-por-falta-de-fiscalizacao-de-contrato. Acesso em: 18 de março de 2013

http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirizacao/TS_P.pdf. Acesso em 18 de novembro de 2013