



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

ISADORA BITTAR PASSOS

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO FRENTE AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR**

**BRASÍLIA
2013**

ISADORA BITTAR PASSOS

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO FRENTE AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel no curso de Direito da Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Antônio Umberto de Souza Junior

**BRASÍLIA
2013**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que, onde quer que estejamos sempre estará ao nosso lado nos guiando. Aos meus pais e irmãos que sempre me apoiaram e me incentivaram em minhas conquistas. Aos meus amigos por estarem ao meu lado, e ao meu orientador pelo apoio e direcionamento deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização após o julgamento da ADC n. 16 do STF, e a nova edição da Súmula 331 do TST, principal norma regulamentadora da matéria. O tema tem gerado certa discussão nos tribunais trabalhistas e na doutrina, no tocante ao inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, nas hipóteses em que o tomador desses serviços é o ente público. Para tanto, analisa-se a história da terceirização, como surgiu e a sua crescente evolução perante o mercado de trabalho no Brasil. O trabalho apresenta posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, no sentido de demonstrar a importância de se responsabilizar o ente público quando presente a culpa, fazendo um aparado entre os direitos fundamentais dos empregados e os princípios que regem a Administração Pública, como forma de ponderar os direitos e deveres de ambos, objetivando uma sociedade justa e igualitária.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade subsidiária. ADC n. 16. Súmula 331 do TST. Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

Sumário

INTRODUÇÃO	6
1. TERCEIRIZAÇÃO.....	8
1.1. A terceirização de serviços no Brasil: aspectos históricos	10
1.2. Terceirização no serviço público.....	13
<i>1.2.1. Terceirização como burla ao concurso público.....</i>	<i>15</i>
<i>1.2.2. Diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim para definir a licitude da terceirização</i>	<i>18</i>
2. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO	21
2.1. Responsabilidade solidária e subsidiária	22
2.2. Uma breve abordagem acerca do art. 71 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações)	25
2.3. O julgamento da ADC n. 16 e seus efeitos sobre a Súmula 331 do TST.....	27
2.4. Responsabilidade objetiva e subjetiva: da contratação e da obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas.....	31
<i>2.4.1. Da culpa: in eligendo e in vigilando.....</i>	<i>33</i>
3. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM CONFLITO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUANDO DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO	37
3.1. Análise acerca do princípio da supremacia do interesse público.....	37
3.2. Dos direitos fundamentais trabalhistas como direitos humanos.....	42
<i>3.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	<i>43</i>
<i>3.2.2. Princípio dos valores sociais do trabalho.....</i>	<i>46</i>
3.3. A Administração Pública como seguradora dos interesses individuais do trabalhador....	47
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A finalidade desta pesquisa é abordar o tema da terceirização no serviço público, sob a ótica de responsabilizar ou não à Administração Pública pelo cumprimento das verbas trabalhistas dos empregados quando do inadimplemento da empresa prestadora de serviços, tudo isso com base no recente julgamento da ADC n. 16 do STF, na qual se discutiu a constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, que prevê de pronto a irresponsabilidade do ente público.

Atualmente, a terceirização atinge parte da população que, diante da evolução do sistema capitalista, busca cada vez mais o lucro e a necessidade de aumento da competitividade. Apesar de gerar emprego a uma grande classe de trabalhadores, essa contratação em massa acaba por depreciar o trabalho, tendo em vista que as condutas formais necessárias não são analisadas, o que resulta em conflitos que são demandados no judiciário. Ademais, a ausência de uma legislação específica acerca do tema gera decisões divergentes, além de provocar certa insegurança jurídica, tendo em vista que o tema é tratado basicamente com base numa Súmula modificada recentemente pelo TST.

Tem-se, portanto, que, diante dessa realidade, são os trabalhadores os mais prejudicados quando contratados por empresas inidôneas, que não atendem a certos requisitos legais. Assim sendo, o simples fato de excluir o dever de responsabilidade do ente público, quem seja o beneficiário da mão de obra desempenhada pelo obreiro, com fundamento na decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC n. 16, deixa os empregados desamparados, sem garantia de reaver sua força de trabalho despendida e com seus direitos fundamentais feridos.

A metodologia adotada no presente trabalho foi dogmático-analítica, já que a controvérsia analisada se restringe ao estudo da doutrina, da legislação e da jurisprudência. O tema abordado decorre de entendimentos divergentes em inúmeras decisões judiciais, o que gera também posicionamentos conflitantes na doutrina, motivo pelo qual a pesquisa dogmática foi escolhida.

Na primeira parte do trabalho serão abordados o conceito e a contextualização histórica e jurídica da terceirização, bem como sua influência no âmbito do Direito Administrativo e as consequências desse fenômeno na esfera do Direito do Trabalho.

Em seguida, a segunda parte tratará do contexto político do art. 71 da Lei de Licitações, analisar a Súmula 331 do TST no tocante à sua evolução jurisprudencial até a recente alteração dada pela ADC n. 16 do STF e quais os efeitos que provocou perante a sociedade de trabalhadores, bem como tratar do conflito gerado entre a referida súmula e o art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, solucionado pelo Supremo Tribunal Federal, e acerca da responsabilização ou não da Administração Pública, perante a existência de culpa.

Por fim, a última parte visa refletir acerca do suposto conflito existente entre a supremacia do interesse público face aos direitos fundamentais dos trabalhadores, como resolver tal impasse quando da responsabilização do ente público. Enfim, discute-se se a Administração Pública preserva os direitos trabalhistas dos empregados, mesmo sendo parte contrária da situação. Assim sendo, o interesse público deve prevalecer quando em conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana?

1. TERCEIRIZAÇÃO

Antes de conceituar, é importante destacar que o termo terceirização é decorrente da palavra “terceiro”, ou seja, intermediário, interveniente, e não um terceiro estranho à relação jurídica.¹

A terceirização consiste em uma técnica empresarial pela qual, visando alcançar maior qualidade, produtividade e redução de custos, a empresa contrata um terceiro para desempenhar as atividades secundárias que não constituem o seu objeto principal, sendo chamadas de periféricas ou auxiliares.²

Ao invés de ter que se preocupar com tudo no processo produtivo, com inúmeros departamentos ou setores, as empresas podem fazer apenas aquilo que é de sua especialidade. Assim, a terceirização vem a ser uma opção nas mãos dos empresários que, de forma estratégica de organização e métodos da atividade empresarial, melhoram o desempenho de sua empresa de forma ágil e flexível, promovendo, ainda, a competitividade, com a transformação de seus custos fixos em variáveis, podendo, também, concentrar maior numerário na aplicação de tecnologia ou no seu desenvolvimento bem como em novos produtos.³

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, para o direito do trabalho a terceirização é:

“O fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se entendam a este os laços jus 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.”⁴

¹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**.. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 426.

²FELÍCIO, Alessandra Metzger. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.85.

³MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24

⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**.. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 426.

Na visão de Sérgio Pinto Martins, a terceirização consiste:

“Na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. (...) Envolve a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa normalmente a que presta serviços, à atividade meio de outra.”⁵

Assim, no lugar do modelo clássico, onde a relação jurídica era estabelecida diretamente com a empresa tomadora de serviços, surge a terceirização, que pode ser entendida como uma relação trilateral composta por três elementos: o trabalhador, o intermediador de mão de obra e o tomador de serviços, onde existe uma dissociação entre a relação de trabalho propriamente dita e a relação econômica de trabalho, em que a primeira seria firmada entre o trabalhador e a empresa intermediária e a última entre a intermediadora e o tomador.

O empregado da empresa contratada irá desenvolver os serviços de atividade-meio, se inserindo no processo produtivo da contratante, sem que haja pessoalidade e subordinação direta, a fim de que não reste caracterizado o vínculo empregatício, ou seja, a empresa tomadora de serviços recebe a prestação de serviços do trabalhador sem assumir a posição de empregadora. Esse vínculo o trabalhador terá com a empresa terceirizante que irá contratá-lo, inclusive assinando sua carteira de trabalho, nos termos da CLT, e rescindindo o contratado com as devidas verbas, quando for necessário.

Ao longo dos anos, depois de várias discussões acerca do tema, e em razão da falta de legislação especial que regulamentasse a terceirização no Brasil, na tentativa de unificar o entendimento sobre o tema, o TST (Tribunal Superior do Trabalho) foi construindo um posicionamento através de súmulas e jurisprudências, editando, assim, em 1986, o Enunciado 256⁶, revisado em dezembro de 1993, transformando-se na Súmula 331 do TST. A referida trata da terceirização lícita aceita nos tribunais trabalhistas, e destaca as hipóteses cabíveis para caracterizá-la e quais suas consequências no mundo jurídico.⁷

⁵MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 23.

⁶Enunciado nº 256: **Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância – Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta**. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

⁷MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 108.

O TST, quando da edição da referida súmula, preocupou-se em expor em qual caso seria permitida a terceirização, nas atividades secundárias, bem como em estabelecer a responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços, inclusive aos entes da Administração direta, autarquias, fundações públicas e sociedades de economia mista, em caso de inadimplência pelos créditos trabalhistas por parte da empresa terceirizante. Tudo isso, visando não prejudicar o trabalhador, quando contratado nessas condições assim como para evitar fraudes e simulações perante a Justiça Trabalhista.

1.1. A terceirização de serviços no Brasil: aspectos históricos

A terceirização começou a ser adotada com mais frequência, no mundo, entre o final de 1960 e o início de 1970, com o neoliberalismo, época em que as empresas procuravam alcançar maiores lucros, com a desregulamentação de direitos e a redução da intervenção do Estado na economia.⁸

No Brasil, a terceirização surgiu em meados da década de 50, durante a Segunda Guerra Mundial, quando empresas multinacionais aqui se instalaram, para tentar suprir a grande demanda de armamentos já que a oferta existente não estava sendo suficiente. Assim, para aumentarem a produtividade, passaram a transferir as atividades acessórias, de mero suporte à atividade-fim, a outras empresas, especializando-se naquilo que era mais essencial e importante, com conseqüente melhoria na qualidade dos produtos em menor espaço de tempo.⁹ De início, começou a ser regida pelo Decreto-lei 200/67 e pela Lei 5.645/70, prevista apenas no serviço público, inexistindo na legislação maior a proibição no que se refere à prestação de serviços a terceiros.¹⁰

A terceirização é um fato relativamente recente no Brasil. Foi a partir das décadas de 1970 e 1980 que passou a ser mais utilizada. Porém, ainda assim, sem lei que regulamentasse a matéria de forma geral e que estabelecesse direitos aos trabalhadores

⁸ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 720.

⁹ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003. p. 142-143.

¹⁰ FELÍCIO, Alessandra Metzger. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 97.

terceirizados já que, geralmente, são minorizados em relação aos trabalhadores contratados diretamente pelos tomadores de serviços.¹¹

Foi em 1974 que surgiu a primeira lei brasileira que tratava da terceirização na esfera privada da economia, a Lei nº 6.019, a qual dispõe acerca do trabalho temporário, prestado pelo empregado de uma empresa de trabalho temporário, a outra empresa a fim de atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços.¹²

Porém, ganhou maior atenção no Brasil principalmente na década de 1980, visando à redução dos custos com mão de obra, de modo a ser aumentado o lucro auferido pelo empregador em razão da estagnação da economia e da falta de investimentos ocorridos no país nessa época.¹³

Nos anos 80, com a edição da Lei n. 7.102/83, regulamentada pelo Decreto n. 89.056/83, previu-se a terceirização nas atividades bancárias, bem como passou a ser autorizada no trabalho de vigilância e transporte de valores no setor financeiro, sendo alterada pelas Leis n. 8.863/94 e 9.017/95 que ampliando o âmbito de atuação de trabalhadores e empresas abrangidos pela lei anterior, incluiu, dentre aquelas em que se permite a terceirização, a vigilância patrimonial de pessoas físicas e transporte de qualquer tipo de carga, além da vigilância de valores.¹⁴

Por fim, destaca-se, como parte da evolução legislativa brasileira, a Lei 8.949/94, que inseriu o parágrafo único no art. 442 da CLT, instituindo a inexistência de

¹¹ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 721.

¹² FELÍCIO, Alessandra Metzger. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 98.

¹³ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 720.

¹⁴ FELÍCIO, Alessandra Metzger. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 98.

vínculo empregatício entre a cooperativa e seus cooperados nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.¹⁵

Muitos doutrinadores e juristas ainda questionam acerca da licitude da terceirização, principalmente quando as empresas utilizam deste fenômeno em prejuízo para o trabalhador, visando apenas a qualidade, quantidade e baixo custo dos produtos que serão produzidos.¹⁶

A incessante busca pelo lucro e a competitividade nos ambientes de trabalho capitalistas, inclusive entre os obreiros, promovem uma ruptura de direitos laborais. As empresas se preocupam em acelerar seu desenvolvimento e aumentar a produtividade através da contratação de mão de obra barata, utilizando-se da terceirização como forma de, supostamente, aliviar os encargos advindos da formação do vínculo empregatício. Tal atitude acaba por gerar certa mitigação dos direitos trabalhistas, com afronta, principalmente, aos princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, preconizados na Constituição Federal de 1988.¹⁷

Entretanto, tendo em vista a ausência de norma geral regulamentadora da matéria, atualmente as normas que regem as contratações realizadas de forma terceirizada constam da Súmula 331 do TST, admitindo a terceirização de serviços fora de atividade-fim do tomador e desde que ausentes a pessoalidade e subordinação, requisitos configuradores da relação de emprego.¹⁸

Segundo o atual entendimento jurisprudencial acima citado (Súmula 331 do TST), a terceirização é tida como lícita, basicamente, quando houver necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora de serviços ou

¹⁵ FELÍCIO, Alessandra Metzger. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 99.

¹⁶ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 722-723.

¹⁷ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil** – São Paulo: QuartierLatin, 2008. p. 114-115.

¹⁸ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. **A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços** – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In *Revista LTr*. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 721.

necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços, nas atividades de vigilância e de conservação de limpeza e para serviços especializados ligados à atividade-meio da tomadora.¹⁹

Dessa forma, observadas as considerações elencadas, pode-se concluir que a contratação de trabalhadores, por empresa interposta, para exercerem atividade meio, é tida como legal, sendo, inclusive, admitida pelo TST ante a falta de regulamento próprio.

1.2. Terceirização no serviço público

Inicialmente a terceirização no serviço público foi regulada pelo Decreto-lei n. 200/67, que previa a descentralização das atividades prestadas pela Administração Federal, no tocante às atividades de transporte, limpeza, conservação, operação de elevadores e custódia, dentre outros, com o objetivo de melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle.²⁰

Dessa forma, o referido Decreto-lei admitiu a terceirização na Administração Pública para ser utilizado na execução das atividades de apoio, como limpeza e conservação, com o intuito de se prevenir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, por meio de contratação de servidores públicos para a execução de qualquer atividade, mesmo as não vinculadas à atividade-fim do Estado, estando previsto constitucionalmente pelo teor do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que possibilita que o ente público contrate serviços mediante licitação.²¹

Com a modernização e diminuição da sobrecarga do Estado, os cargos públicos devem ser providos ou criados somente se envolverem atividades típicas do Poder

¹⁹ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços. In: **Revista do Direito Trabalhista**. Vol 14. n. 12, Dezembro de 2008. p. 11.

²⁰ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 722.

²¹ *Ibidem*.

Público, quais sejam, de polícia, fiscalização, controle e justiça. As demais atividades, que não dependam do uso de força ou independência no controle, podem ser terceirizados.²²

Atualmente, a terceirização de serviços para a Administração Pública é regulada pelo Decreto n. 2.271/97, o qual prevê um rol não exaustivo de serviços capazes de serem terceirizados. É um instituto plenamente utilizável, estando previsto, inclusive, na Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, que prevê a possibilidade do ente público contratar serviços mediante licitação.²³

Para a maioria dos doutrinadores, a terceirização somente é possível para execução de atividades-meio, uma vez que, se aceitável para atividades-fim, se tornaria inconstitucional, pois violaria a norma do art. 37, II, da Constituição Federal, que exige a prévia aprovação em concurso público para exercer atos na Administração.²⁴

Por outro lado, uma parte menor da doutrina, mais radical, entende que, com base no princípio da supremacia do interesse público, em qualquer atividade a ser prestada, que envolva a Administração Pública, está autorizada a terceirização²⁵

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os contratos celebrados com a Administração Pública são sob a fórmula de prestação de serviços técnicos especializados, como forma de terceirização, onde, na verdade, o Estado contrata pessoas sem concurso público, para que forneçam mão-de-obra para órgãos da Administração Pública direta e indireta.²⁶

Essas pessoas contratadas sob a forma de terceirização não têm vínculo com a Administração Pública, não assumem cargos, empregos ou funções, nem se submetem às normas que regem os servidores públicos. Assim, elas não têm condições de praticar qualquer tipo de ato administrativo que implique decisão ou manifestação de vontade com produção de

²² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: Privatizações, Concessões e Terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 249.

²³ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 722.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*. p. 723.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceria na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2002. 4 ed. p. 177.

efeitos jurídicos e só executam atividades materiais, sendo simples funcionários de fato, não podendo ser confundidos, portanto, com as pessoas que realizam atividades-fim e que adentram na Administração por meio de concurso público.²⁷

Marcos Juruena Villela Souto entende que o objetivo da Administração Pública em utilizar os serviços terceirizados é a economicidade, não no aspecto salarial, visto que algumas vezes é até superior ao que era pago antes da terceirização, mas no tocante à especialização, nem sempre encontrada internamente, bem como os custos com a gestão e fiscalização dos serviços individualmente prestados que na terceirização são transferidos para as empresas fornecedoras de mão-de-obra, gerando, assim, um maior retorno em termos de rendimentos pelo capital empregado.²⁸

1.2.1. Terceirização como burla ao concurso público

Cada vez mais criticada, porém mais utilizada para a prestação de serviços como de vigilância, limpeza e conservação, a terceirização de serviços auxiliares no âmbito da Administração Pública, em alguns casos, ocorre como uma verdadeira burla à legislação, com substituição de servidores públicos por empregados terceirizados, afrontando diretamente a exigência constitucional de obrigatoriedade de realização de concurso público, expresso no art. 37, II, da Carta Magna.²⁹

Irani Ferrai defende a terceirização, classificando-a como uma forma de descentralização das atividades organizacionais, em que há a interposição do terceiro entre o trabalhador e a tomadora de serviços. Ressalta, assim, as principais razões para a ocorrência da terceirização nos dias atuais, como a contenção de despesas e a falta de preparação para a realização de um determinado serviço que será fornecido por empresa especializada.³⁰

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceria na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 2002. 4 ed. p. 177-178.

²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização:** Privatizações, Concessões e Terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 252.

²⁹ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 726.

³⁰ NEGRELLI, Antônio Miguel *apud*. FERRARI, Irany In: GALVÃO JUNIOR, Juraci; AZEVEDO, Gelson de (COORDS). **Estudos de direito do trabalho e processo do trabalho**. São Paulo: RT, 1998, p. 93-95.

Destaca, ainda, o mesmo doutrinador que a opção pela condição de terceiros, para os trabalhadores, se dá em razão da oportunidade de se constituírem como microempresas e ingressarem no mercado de trabalho, através de empresas que concentram mão-de-obra temporária, de prestação de serviços ou cooperativas.³¹

Por outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro visualiza a intermediação de empresa como manifestamente ilegais e inconstitucionais, com manifesta intensão de burla à exigência constitucional do concurso público, segundo o art. 37, II da Carta Magna, que atinge todas as entidades da Administração indireta, seja qual for o tipo de atividade que vier a exercer.³² Realça, ainda, que até para a contratação temporária, que afasta a contratação por meio de interposta empresa, é exigida a realização de processo seletivo para o preenchimento dos cargos.³³

Sérgio Pinto Martins, na mesma linha, afirma que, apesar da força jurisprudencial, a Administração Pública está atrelada ao princípio da legalidade, devendo, portanto, ser observada a norma constitucional acima das demais regras ordinárias e dos princípios do Direito do Trabalho. Sustenta que a falta de concurso público é ilícita tanto para a Administração como para o trabalhador, que deveria saber de sua necessidade, não podendo ignorar a lei (art. 3º da LINDB).³⁴ A maioria dos doutrinadores filia-se a esse entendimento, defendendo que o ingresso nos quadros da Administração Pública só pode dar-se mediante aprovação em concurso público.³⁵

Portanto, em tese, a terceirização da atividade-fim é incompatível com os entes públicos, ficando essas atribuições a cargo do pessoal próprio, que se submetem ao processo seletivo através do concurso. Porém, alguns órgãos ainda utilizam o instituto da terceirização para contratar pessoas para exercerem funções públicas finalísticas como forma de burlar o concurso público. É o que afirma Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

³¹ NEGRELLI, Antônio Miguel *apud*. FERRARI, Irany *In*: GALVÃO JUNIOR, Juraci; AZEVEDO, Gelson de (COORDS). **Estudos de direito do trabalho e processo do trabalho**. São Paulo: RT, 1998, p. 93-95.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 2002. 4 ed. p. 178.

³³ *Ibidem*. 178-179.

³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 142.

³⁵ NEGRELLI, Antônio Miguel *apud*. MIGLIORA, Luiz Guilherme Moraes Rego; VEIGA, Luiz Felipe Tenório da Veiga. **Administração do risco trabalhista**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 12-13.

“Tal ocorre, quando se contrata por instituição (privada ou pública, organização social, organização de interesse público, etc.), empregados para suprir postos de trabalho permanente, com subordinação direta, mediante remuneração de caráter não eventual. Exemplifica essa irregularidade a contratação de secretária por interposta instituição. Nesse caso, embora não possa o juiz reconhecer o vínculo empregatício, poderá entender que houve burla ao princípio do concurso público – impondo-se a regra do art. 37, § 2º da Constituição Federal, que implica nulidade da contratação e responsabilização de quem lhe deu causa.”³⁶

Não é apenas na contratação de prestação de serviços para atividade-fim que o contrato torna-se irregular. Além da exigência de que os empregados devam ser contratados para exercer atividades-meio, a terceirização de serviços pela Administração Pública é abrangida pelo teor do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que prevê que a Administração deverá contratar serviços mediante licitação pública, com base na Lei de Licitações (Lei 8.666/93) que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, observada a qualificação técnica e econômica indispensável à garantia das obrigações.

Estes contratos, mesmo considerados como irregulares, não geram vínculo empregatício com a Administração Pública, tendo em vista a vedação jurisprudencial da Súmula 331 do TST, em seu inciso II, a qual afirma que a “contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta e indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).”³⁷

Em consequência disto, na hipótese de contratação sem concurso, o contrato é tido como nulo, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, surgindo diversos efeitos jurídicos, segundo correntes de pensamento elencadas por Maurício Godinho Delgado.³⁸ Conforme a primeira corrente, considerada minoritária e inconstitucional, o trabalhador contratado irregularmente passará a fazer parte do quadro da Administração Pública, garantindo todos os direitos decorrentes da função que exercia e, conseqüentemente desconsiderando-se a vedação prevista pelo art. 37, II e § 2º, da Constituição de 1988.³⁹ Para a

³⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Responsabilidade Fiscal na função do ordenador de despesa; na terceirização de mão-de-obra; na função do controle administrativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 06.

³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 13.11.2012

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho *apud*. ROSIGNOLI, Juliana Bernardes. Terceirização e Administração Pública. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 266-267.

³⁹ *Ibidem*.

segunda corrente, respeitando-se a vedação constitucional, a pessoa que ingressar na Administração Pública sem concurso, através de contratação irregular, não fará jus a nenhum direito trabalhista.⁴⁰ E para a terceira e última corrente, a pessoa que trabalhou na Administração Pública sem concurso, portanto, através de contratação irregular, receberá apenas o pagamento do salário pelas horas trabalhadas, com respaldo na Súmula 363 do TST:⁴¹

SÚMULA 363 – CONTRATO NULO – EFEITOS

“A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitando o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”⁴²

Esta última é a corrente que predomina nos tribunais pátrios. Então, na hipótese de terceirização ilícita, a Administração Pública terá que arcar com o pagamento do salário do empregado, proporcional às horas por ele trabalhadas, bem como com o pagamento do FGTS.

Para alguns, existe, ainda, uma outra teoria que considera que, mesmo havendo contratação irregular, haverá aproveitamento do que não estiver contaminado pela nulidade. Será convalidado o contrato de trabalho com o agente público, que assumirá as responsabilidades do contrato de trabalho, ressarcindo a Administração Pública dos valores pagos pelo erário ao trabalhador.⁴³

1.2.2. Diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim para definir a licitude da terceirização

Tem-se como lícita a terceirização de serviços relativos à atividade-meio do tomador que inexistem pessoalidade e subordinação direta, como os serviços de vigilância (Lei

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho *apud*. ROSIGNOLI, Juliana Bernardes. Terceirização e Administração Pública. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 266-267.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_363_450.html#SUM-363>. Acesso em: 13.11.2012.

⁴³ REZENDE, Alaor Satuf *apud*. ROSIGNOLI, Juliana Bernardes. In: HENRIQUE, Carlos Augusto; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 268.

7.102/1983), de conservação e limpeza.⁴⁴ A contratação para exercer atividade-fim na empresa tomadora não é admitida, a não ser em casos específicos que não a terceirização.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia conceitua que “*atividade meio* é aquela de meto suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo *atividade fim*, portanto, aquela que a compõe.”⁴⁵

Sergio Pinto Martins elenca algumas regras para determinar a licitude da terceirização como:

“(a) idoneidade econômica da terceirizada; (b) assunção de riscos pela terceirizada; (c) especialização nos serviços a serem prestados; (d) direção dos serviços pela própria empresa terceirizada; (e) utilização do serviço, principalmente em relação á atividade-meio da empresa que terceiriza serviços, evitando-se a terceirização da atividade-fim; (f) necessidade extraordinária e temporária de serviços.”⁴⁶

Assim, a terceirização de serviços passou a ser admitida, desde que preenchido um requisito, qual seja, a “finalidade da atividade terceirizada”, ou seja, em se tratando de atividades cujo fim seja o apoio, a atividade meio, nada impede a terceirização. Porém, em não se tratando mais de atividade de apoio, mas finalística da empresa, está desautorizada.⁴⁷

Vale utilizar-se da comparação feita por Amauri Mascaro Nascimento, como forma de diferenciar essas atividades, senão vejamos:

“Pode-se, no entanto, conceituar, de modo simples, atividades-meio como aquelas que não coincidem com os fins da empresa contratante, e atividades-fim como aquelas que coincidem. Se um estabelecimento bancário contrata empresa de serviços de vigilância, trata-se de contratação de atividades-meio, mas, se contrata empresa de serviços de caixa, trata-se de atividade-fim. Se um colégio se vale de empresa de limpeza, a atividade contratada é meio, mas, se contrata empresa de professores, a situação caracteriza-se

⁴⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 174.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 153.

⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e teoria do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 637.

como contratação de atividade-fim, porque as aulas são a finalidade do colégio.”⁴⁸

Vantuil Abdala, em artigo acerca da terceirização de atividade-fim e atividade-meio, traz a terceirização com conceito amplo e relativo, a depender de cada caso:

“É verdade que não há parâmetros bem definidos do que sejam atividade-fim e atividade-meio e muitas vezes estar-se-ia diante de uma zona cinzenta em quemuito se aproximam uma da outra. Quando tal ocorrer e a matéria for levada a juízo ficará ao prudente arbítrio do juiz defini-la. E fá-lo-á, naturalmente, levando em conta as razões mais elevadas do instituto: a especialização; a concentração de esforços naquilo que é vocação principal da empresa; a busca de maior eficiência na sua finalidade original; e não apenas a diminuição de custos.”⁴⁹

Assim, cabe observar quais as verdadeiras atividades exercidas por ambas as empresas, contratada e contratante, para se definir a licitude da terceirização, quando os serviços prestados serão referentes à atividade-meio ou à atividade-fim da tomadora.

⁴⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e teoria do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 636.

⁴⁹ ABDALA, Vantuil *apud*. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e teoria do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 636.

2. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Após conceituar a terceirização, abordar seu contexto histórico, quando será lícita ou ilícita e sua utilização pela Administração Pública, cumpre falar agora sobre a responsabilidade desta pelas parcelas devidas aos empregados que lhe prestaram serviços terceirizados e não tiveram seus créditos satisfeitos pela empresa contratada.

É importante destacar, inicialmente, que o diploma que rege as contratações efetuadas no âmbito da Administração Pública é a Lei 8.666/93, Lei de Licitações, entendendo-se como contrato administrativo “o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente por um direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.⁵⁰

A referida lei, segundo Lívia Deprá Sulzbach, “prevê as formas de contratação, os instrumentos contratuais para tanto, os requisitos a serem observados quando da contratação e a forma de fiscalização do contrato”⁵¹, estando previsto em seu art. 71, § 1º, a isenção da administração quanto aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais que resultam da execução do contrato.⁵²

Ocorre que, totalmente contrário ao dispositivo acima citado, visando à proteção ao trabalhador, é o entendimento que predomina na doutrina e jurisprudência, que inclusive modificou a Súmula 331 do TST em razão de reiterados julgados, onde passou a se aplicar a responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas na hipótese de terceirização, quando presente a culpa da mesma.

No tocante à aplicação da responsabilidade ao ente público, discorre Marçal Justen Filho que “a responsabilidade civil do Estado consiste no dever de indenizar perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica

⁵⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 161.

⁵¹ SULZBACH, Lívia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 726.

⁵² *Ibidem*.

imputável ao estado”⁵³, ou seja, o pagamento de quantia certa em razão de indenização por perdas e danos sofridos por terceiros, no caso, os empregados.

2.1. Responsabilidade solidária e subsidiária

Existem dois tipos de responsabilidade na esfera trabalhista: a solidária e a subsidiária.

A solidariedade é regulada pelo Código Civil Brasileiro, em seus arts. 264 e 265, e é definida por Washington de Barros Monteiro como sendo “aquela que, havendo pluralidade de credores, ou de devedores, ou ainda de uns ou de outros, cada um tem direito, ou é obrigado, pela dívida toda”, devendo ser obrigatoriamente decorrente de lei ou de vontade expressa disposta no contrato.⁵⁴

A solidariedade ativa, expressa no art. 267 do Código Civil, consiste na existência de vários credores que podem exigir inteiramente do devedor o cumprimento da obrigação. Já a solidariedade passiva, espécie que interessa na terceirização trabalhista, ocorre nas hipóteses de existirem vários devedores, sendo cada um deles responsável pela obrigação, como se único devedor fosse e está prevista no art. 275 do Código Civil.

No Direito do Trabalho, a responsabilidade solidária está prevista no art. 2º, § 2º, da CLT, que disciplina os casos das entidades integrantes do grupo econômico, e no art. 455 do mesmo diploma legal, que se refere ao empregado, bem como na Lei 6.019/74, que trata da figura do tomador de serviços temporários.⁵⁵

Assim, na solidariedade, “a responsabilidade de todos os co-devedores é direta e imediata, nisso consistindo o reforço quanto ao adimplemento da obrigação.”⁵⁶

Já a responsabilidade subsidiária, conceitua Ari Pedro Lorenzetti, é “a vinculação sucessiva de vários sujeitos ao cumprimento de uma obrigação jurídica, de modo a

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 792.

⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v 4. p. 334.

⁵⁵ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. **Responsabilidade e as Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 300-301.

⁵⁶ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 252.

impor ao credor uma ordem na exigência da prestação, só podendo postulá-la perante os seguintes, caso não obtenha êxito perante os anteriores”.⁵⁷

Na subsidiariedade, “malgrado existir a co-responsabilidade, esta não é imediata, acrescendo aos pressupostos da demanda por pretensão insatisfeita a incapacidade econômico-financeira do devedor principal.”⁵⁸ Primeiramente cobra-se do devedor principal; caso não seja adimplida a obrigação, recorre-se ao devedor subsidiário ou secundário.

Não há definição na lei a respeito da responsabilidade subsidiária. Sobre esse tema, existe previsão específica para o fiador, no art. 827 do Código Civil, referente ao chamado benefício de ordem, e dos bens dos sócios na sociedade, previsto no art. 596 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência vem se apoiando sobre o tema, a se iniciar pela Súmula 256 do TST, que tinha como ilícita qualquer intermediação de força de trabalho e previa a responsabilidade solidária das pessoas envolvidas⁵⁹. Após, com a edição da Súmula 331 do TST, a natureza da responsabilidade foi alterada, tendo em vista que, num contexto bastante amplo, a terceirização passou a ser lícita.⁶⁰

Apesar da Súmula 331 do TST ter optado pela responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, o tema é bastante divergente entre a doutrina e a jurisprudência, devendo cada contrato de terceirização ser analisado caso a caso para se verificar a existência de responsabilidade ou não da Administração Pública, na condição de tomadora dos serviços.

Assim, tanto a empresa prestadora de serviços como a tomadora dos serviços devem ser acionadas em litisconsórcio passivo para que seja declarada a cor-

⁵⁷ LORENZETTI, Ari Pedro. **A Responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2003. p. 23.

⁵⁸ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 252.

⁵⁹ Enunciado nº 256: **Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância – Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta**. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando se o vínculo empregatícios diretamente com o tomador dos serviços.

⁶⁰ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 252.

responsabilidade passiva. Conta a empresa tomadora, caso exista esta co-responsabilidade, com o benefício de ordem, exigem que os bens da prestadora sejam executados antes dos seus.⁶¹

Acerca do benefício de ordem, “pode exigir que os bens do devedor sejam executados antes dos seus, pois a sua obrigação é subsidiária, é uma garantia da dívida principal. Não impede, todavia, que o fiador renuncie a este direito, caso em que passará a ser devedor solidário”.⁶²

Para a verificação da responsabilidade subsidiária da empresa pública tomadora, deve-se analisar, primeiramente, se é lícita a contratação, bem como a existência de *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando* da mesma.⁶³

A primeira modalidade de culpa consiste na má escolha da pessoa que irá prestar os serviços, ou seja, a escolha de empresa inidônea, sem suporte econômico financeiro ou que imponha valor da contratação que impossibilite o cumprimento das obrigações trabalhistas. Já a segunda, consiste na obrigação da empresa tomadora de serviços de fiscalizar se as obrigações estão sendo corretamente adimplidas pela prestadora⁶⁴. Porém esses temas serão abordados com mais precisão em oportunidade posterior.

Já nas hipóteses em que ocorra a terceirização ilícita, a responsabilidade a ser adotada será a solidária, uma vez que ambas as empresas seriam concomitantemente responsáveis pela ofensa da relação jurídica pactuada, conforme entendimento discorrido por Gabriela Neves Delgado⁶⁵:

⁶¹ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 252.

⁶² CAMPOS, José Ribeiro de. A regulamentação da Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Contratante pelos Créditos Trabalhistas Inadimplidos pela Empresa Contratada. In: **RevistaLTr**. ano 73. n. 06, Junho de 2009. p. 725.

⁶³ MARTINS, Sérgio Pinto. Responsabilidade solidária e subsidiária no direito do trabalho – culpa *in eligendo* e *in vigilando* e a responsabilidade do empregador. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo, n. 244, out. 2009b. p. 9.

⁶⁴ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 253.

⁶⁵ DELGADO, Gabriela Neves *apud*. NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira;

“Não restam dúvidas, portanto, que a única maneira de se eliminar a prática ilícita terceirizante é imputado responsabilidade solidária às duas empresas que praticaram a irregularidade. A previsão da responsabilidade meramente subsidiária para a empresa que cometeu a conduta irregular terceirizante consiste em assegurar-lhe tratamento promocional, favorável, idêntico àquele que a ordem jurídica defere à empresa que realizou terceirização ilícita. Isso é simplesmente um contra-senso. Se a ordem jurídica geral, quer no velho Código Civil, quer o novo estatuto civilista, enfatiza a responsabilidade solidária entre aqueles que cometeram ilicitudes, não é lógico que o Direito do Trabalho, mais interventivo do que o Direito Civil, mostre-se acovardado diante de uma conduta normativa promocional da própria ilicitude.”⁶⁶

Assim, nos casos de grupo econômico e nos contratos temporários previsto na Lei 6.019/74, bem como na hipótese de se tratar de terceirização ilícita, a responsabilidade será solidária, ao passo que em se tratando de terceirização lícita, segundo a jurisprudência dominante, a reponsabilidade será subsidiária.⁶⁷

2.2. Uma breve abordagem acerca do art. 71 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações)

O dispositivo que trata a respeito da responsabilidade do ente público quanto aos créditos trabalhistas, fiscais e previdenciários é o art. 71, §§ 1º e 2º, da Lei de Licitações:

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

§ 1º A inadimplência do contrato, 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.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.”

Parte da doutrina defende a aplicação deste dispositivo, apesar de não ser adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que a Administração não pode ser responsabilizada pelos créditos trabalhistas inadimplidos, tendo em vista que, no momento

DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 253-254.

⁶⁶ NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 253-254.

⁶⁷ *Ibidem*.p. 255.

dalicitação e da apresentação da proposta, já são apresentados todos os encargos que devem ser prestados pela contratante para que preste e execute seus serviços. Nesse sentido se posiciona Willian de Almeida Brito Júnior:

“Uma vez celebrado o contrato de prestação de serviços, o Estado se desincumbe de suas obrigações ao pagar o valor contratado, sendo que não há qualquer relação jurídica entre o Estado (contratante) e o empregado da empresa tomadora de serviços (contratada). Deste modo é inadmissível que os empregados lesados busquem a tutela jurisdicional em desfavor do Estado, que, por fim, além de pagar pelo serviço contratado, teria que arcar com as dívidas trabalhistas de outrem.”⁶⁸

No mesmo rumo, segue o posicionamento de Marcos Jurema Villela Souto, que afirma que a relação regida pelo Direito do Trabalho, no âmbito da Administração Pública, visa regular o direito dos servidores celetistas, não cabendo ao Direito Administrativo contornar a situação vez que seu vínculo com os servidores é estatutário⁶⁹, e que “não cabe acionar o Estado na Justiça do Trabalho, nem muito menos, condená-lo por responsabilidade subsidiária (como pretendeu a Súmula n. 331 do TST).”⁷⁰

Através do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, o legislador desejou excluir da Administração Pública a responsabilidade decorrente dos encargos trabalhistas devidos por força do contrato administrativo firmado entre as empresas prestadoras de serviços e o ente público em total desconhecimento com a jurisprudência trabalhista dominante, que vem negando vigência ao dispositivo mencionado, ao aplicar a responsabilidade subsidiária conforme a Súmula 331 do TST.

Segundo Marçal Justen Filho, comentando o art. 71 da Lei n. 8.666/93:

“A orientação da jurisprudência trabalhista exclui qualquer solução jurídica formal para eliminar o risco de responsabilização trabalhista da Administração por encargos devidos pelo particular contratado aos empregados dele. [...] Nem mesmo a comprovação da estrita regularidade no cumprimento por parte da Administração às obrigações assumidas será o

⁶⁸ BRITO JÚNIOR, William de Almeida. A Súmula nº 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho frente à lei de licitações e contratos. **Justiça do Trabalho Caderno de Direito Previdenciário Doutrina e Jurisprudência**, Porto Alegre, n. 266, fev. 2006. p. 30.

⁶⁹ SOUTO, Marcos Juruema Villela. **Desestatização: privatizações, concessões e terceirizações**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 387.

⁷⁰ *Ibidem*. p. 388.

bastante para impedir a submissão aos efeitos de condenações trabalhistas. Sequer era viável invocar a ausência de atuação maliciosa ou desidiosa.”⁷¹

O TST, portanto, vem adotando a Súmula 331 do TST, visando os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, previstos no art. 1º da Constituição Federal, uma vez que o trabalhador acaba por ser a parte mais fraca na relação.

A intenção é basicamente não prejudicar nem deixar que venha a sofrer prejuízo aquele que se colocou à disposição do tomador de serviços, contribuindo com sua força de trabalho para suprir as necessidades do ente público, pela incapacidade da empresa prestadora de serviços em cumprir suas obrigações trabalhistas, até porque, de uma forma ou de outra, o tomador foi o beneficiado.

2.3. O julgamento da ADC n. 16 e seus efeitos sobre a Súmula 331 do TST

Em razão do conflito gerado entre o art. 71 da Lei 8.666/93 e o recorrente entendimento jurisprudencial adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula 331, surgiram várias discussões e divergências de entendimentos entre juristas acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal, bem como da ilegalidade da referida súmula, razão pela qual foi ajuizada pelo Governador do Distrito Federal a ADC n. 16, na qual se discutiu a constitucionalidade da norma legal.⁷²

Com efeito, a Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 foi julgada na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em 24.11.2010 que decidiu, por maioria, restando parcialmente vencido o Ministro Carlos Ayres Britto, considerar constitucional o art. 71 da Lei 8.666/93, vedando, expressamente, a responsabilização automática do ente público, tomador dos serviços terceirizados, pelos débitos trabalhistas devidos pela empresa

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 819.

⁷² SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 727.

fornecedora de mão de obra, decorrentes de inadimplementos das obrigações do vencedor da licitação.⁷³

Porém, como afirmado por José Roberto Freire Pimenta, em artigo que trata da responsabilidade subsidiária do ente público nesses casos:

“Conforme se verifica da transcrição dos votos dos Senhores Ministros proferidos naquela sessão, o Supremo Tribunal Federal, ao se referir aos casos de terceirização lícita das atividades-meio da Administração Pública, também deixou expresso seu entendimento de que aquele dispositivo de lei não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento daquelas obrigações trabalhistas, caso fique comprovado que agiu com culpa in vigilando, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo seu devedor principal – o empregador contratado.”⁷⁴

Ou seja, prevalece o art. 71 da Lei de Licitações, porém, caso fique evidenciada a culpa da Administração Pública no inadimplemento das verbas dos trabalhadores, será de pronto aplicada a responsabilidade subsidiária.

O Ministro-Relator César Peluso, em primeiro plano, não conheceu da ADC n. 16, por falta de requisito da controvérsia jurisprudencial. Aduz que com a jurisprudência daquele Pretório, a qual considerava a Administração Pública responsável subsidiária pelos débitos trabalhistas provenientes do contrato de terceirização, não discutia acerca da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, mas apenas o interpretava no sentido de se afastar a responsabilização do ente público pela mera inadimplência dos encargos pelo contratado.⁷⁵

Porém, após vista dos autos, a Ministra Carmen Lúcia votou em sentido contrário, sustentando que essa ação busca confirmar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, uma vez que a Súmula 331 do TST acabou ensejando uma enorme controvérsia

⁷³SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 727.

⁷⁴PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Ltr Legislação do Trabalho**, São Paulo, ano 75, n. 7, jul. 2011. p. 284

⁷⁵Conforme dados extraídos do acórdão da sessão plenária do STF, ocorrida em 24.11.2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em 29.04.2013.

nos Tribunais Regionais do Trabalho e até mesmo no STF, tendo como base eventual inconstitucionalidade que teria sido reconhecida, cabendo à Suprema Corte se pronunciar efetivamente. A Ministra fundamentou que, ao editar a Súmula 331 do TST, aquela Corte deixou de aplicar a norma constante na Lei de Licitações, na qual passou a se falar em inconstitucionalidade do § 1º, do art. 71 da lei 8.666/93, ou mesmo ilegalidade da súmula.⁷⁶

O Ministro-Relator acabou por conhecer a Ação Declaratória de Constitucionalidade, ressaltando apenas seu entendimento.⁷⁷

No mérito, os Ministros concluíram pela inexistência de dúvidas acerca da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, entendendo, entretanto, a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade do ente administrativo pelo inadimplemento trabalhista da empresa contratada, verificando-se, caso a caso, a existência da culpa daquele na fiscalização do cumprimento do contrato, destacando-se o Ministro Cezar Peluso durante o debate no plenário:

“Deixe-me só dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho. [...] Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria. [...] são outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. [...] Nós não temos discordância quanto à substância da ação. Eu reconheço a constitucionalidade da norma. [...] Só estou advertindo ao Tribunal que isso 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.”⁷⁸

Ainda, durante a discussão, os Ministros ressaltaram a inadequação que existe ao utilizar a responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37 § 6º da Constituição Federal, como causa da aplicação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, constante na Súmula 331 do TST. Asseverou a Ministra Carmem Lúcia que a responsabilidade objetiva do Estado, presente na Constituição Federal, é extracontratual ou patrimonial, decorrente de um ato praticado por um agente público do Estado à parte da relação contratual, de modo que não se equipara à relação de terceirização

⁷⁶Conforme dados extraídos do acórdão da sessão plenária do STF, ocorrida em 24.11.2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em 29.04.2013.

⁷⁷*Ibidem.*

⁷⁸*Ibidem.*

onde não existe qualquer ato ilícito exercido pelo agente, mas tão somente um contrato existente entre o ente público e a empresa prestadora de serviços, a qual, diversas vezes, descumpre com suas obrigações contratualmente previstas.⁷⁹

Cabe registrar, também, que o Supremo Tribunal Federal tem conhecimento da divergência existente entre os princípios que norteiam a Administração Pública, como o da supremacia do interesse público e os princípios protetores dos trabalhadores, existentes no âmbito do direito do trabalho. Tanto é assim que o relator trouxe à discussão justificativa dada pelo Presidente do TST quanto ao surgimento do entendimento adotado pela Súmula 331 do TST, qual seja a de que o ente público não deveria observar apenas os princípios de legalidade ou impessoalidade, mas também, o da moralidade. Adotou o princípio da proporcionalidade para, considerando constitucional a norma da Lei de Licitações, fazer constar que o ente público utiliza-se deste dispositivo para escusar-se de cumprir as obrigações decorrentes dos contratos trabalhistas de terceirização de serviços firmados com empresa inidônea, acabando por deixar desprotegido o empregado terceirizado, o que atenta contra outros princípios constitucionalmente previstos.⁸⁰

Por outro lado, a declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações considerou o antigo inciso IV da Súmula 331 do TST contrário à Súmula Vinculante nº 10 e ao art. 97 da Constituição Federal, que prevê a cláusula de reserva de plenário, por afastar a incidência do artigo da Lei de Licitações sem a devida pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte, vedando que a Justiça do Trabalho atribua, automaticamente, à Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas decorrentes dos contratos de terceirização lícitos.

Dessa forma, após tecidas estas considerações pelos Ministros do Supremo durante o julgamento da ADC n. 16, na sessão do Tribunal Pleno ocorrida em 24.11.2010, a Súmula 331 do TST acabou sofrendo alterações:

⁷⁹ Notícia veiculada no informativo n. 610 do STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC%20e%20art.%2071%201,%20da%20Lei%208.666/93%20-%203>> . Acesso em 13.11.2012.

⁸⁰ SULZBACH, Livia DepráCamargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 726.

“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. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços. 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.”

Em consequência, restou claro que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela contratada não gera a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, sendo, assim, plenamente possível à Justiça do Trabalho, analisando o conjunto fático-probatório delineado em cada caso, imputar ao ente público a responsabilidade subsidiária por obrigações inadimplidas pelo devedor principal, em razão da presença da *culpa in elegendo* ou da *culpa in vigilando*, ou seja, na demonstração de irregularidades decorrentes da licitação ou da simples omissão do ente público em não fiscalizar como deveria o cumprimento do contrato de trabalho.

Dessa forma, não afasta a obrigação da Administração Pública, quando da utilização da terceirização, de licitar e fiscalizar de forma plena e eficaz a execução do contrato administrativo de prestação de serviços.

2.4. Responsabilidade objetiva e subjetiva: da contratação e da obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas

Como visto acima, caso apurada a omissão da Administração Pública na fiscalização do contrato, tanto no momento da escolha da empresa terceirizada quanto na execução do contrato, acabará gerando a responsabilidade subsidiária do ente pelo inadimplemento das empresas por ele contratadas para a prestação de serviços.

No Brasil, parte da doutrina vem adotando a teoria do risco administrativo, que considera a responsabilidade do Estado sob o ângulo objetivo, sendo desnecessário

comprovar a existência de culpa da ilicitude da conduta, bastando, para tanto, demonstrar o nexo causal entre o dano e a respectiva autoria.⁸¹

Pode-se então, falar em responsabilidade objetiva da Administração Pública quando presente a desnecessidade de o prejudicado provar a existência de culpa do agente.⁸² Assim, para configurar tal responsabilidade são necessários três pressupostos, quais sejam, a ocorrência de um fato administrativo, a existência de um dano e de um nexo causal entre eles.⁸³

Tal instituto tem previsão no art. 37, § 6º, da Carta Magna, que estabelece a responsabilidade, sob o enfoque de risco administrativo, fixando, em decorrência, sua obrigação de indenizar, quando causar prejuízo a terceiros, ainda que de forma indireta, por meio de pessoa que tenha sido contratada pela Administração para a execução de obra ou serviço.⁸⁴

De certa forma a responsabilidade objetiva acaba por acarretar maior benefício à vítima, tendo em vista estar esta dispensada de provar determinados elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação.⁸⁵ Desse modo, no tocante à matéria aqui tratada, a responsabilidade objetiva acaba sendo deixada de lado, partindo-se do pressuposto de que deve haver culpa da Administração Pública para se caracterizar a responsabilidade, como será tratado adiante.

Embasada no inciso IV da Súmula 331 do TST e adotado pela maioria da jurisprudência Pátria, a outra parte da doutrina defende a subjetividade como critério a ser adotado para análise da verdadeira culpa do ente ao lesionário direito de outrem, até como forma de gerar certa igualdade entre as partes, na qual o critério a ser analisado é, principalmente, a culpado tomador de serviços, implicando, assim, na necessidade da

⁸¹ RICCITELLI, Antônio. **Responsabilidade civil das atividades da administração pública**. São Paulo: Lex, 2010. p. 118.

⁸² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 503.

⁸³ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 511-512.

⁸⁴ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região. **Parecer em RO nº 0000775-58.2012.4.10.0012**. Parecerista: Dra. Soraya Tabet Souto Maior, Brasília 29.10.2012.

⁸⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 503-504..

comprovação desta para que seja responsabilizado. Esta subjetividade consiste na culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* por parte da empresa tomadora de serviços.⁸⁶

Daí tem-se que esta espécie de responsabilidade tem sua formação numa conduta culposa voluntária causadora de dano e está prevista nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Com efeito, para a caracterização dessa espécie de responsabilização do ente estatal, devem estar configurados: (i) ato ou omissão violadora do direito e outrem; (ii) dano produzido por esse ato ou omissão; (iii) a relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano; e, em especial, (iv) a culpa, que será tratada adiante.⁸⁷

A única solução para o ente público eliminar o risco de responsabilização trabalhista, pelos encargos devidos pela empresa particular contratada aos seus empregados, seria adotando todas as medidas preventivas possíveis. Assim expõe Marçal Justen Filho:

“Isso envolve a desclassificação de propostas que não comportem o cumprimento adequado e satisfatório dos encargos trabalhistas, a fiscalização exata e precisa sobre o cumprimento das obrigações laborais e a identificação antecipada de riscos nesse setor. Caberá exigir que o contratado comprove a absoluta regularidade no pagamento da remuneração devida aos próprios empregados e o cumprimento de outras obrigações acessórias eventualmente incidentes.”⁸⁸

Portanto, desde a seleção da empresa no processo de licitação, a contratante já deve atentar para os requisitos necessários à conclusão dele com observância das normas que regulam os contratos administrativos.

2.4.1. Da culpa: *in eligendo* e *in vigilando*

A culpa, como se sabe, é a prática de um ato pelo agente, causadora de algum ilícito, embora muitas vezes não seja o evento danoso ou seus efeitos a intenção deste

⁸⁶ CAMPOS, José Ribeiro. A Regulamentação da Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Contratante pelos Créditos Trabalhistas Inadimplidos pela Empresa Contratada. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo, ano 73. n. 06, junho de 2009. p. 730.

⁸⁷ RICCITELLI, Antonio. **Responsabilidade civil das atividades da administração pública**. São Paulo: Lex, 2010. p. 118.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 819.

agente⁸⁹. Ao tratar da culpa da Administração Pública prevista na Súmula 331 do TST, afirma Mauro Cesar Martins de Souza, *in verbis*:

“A culpa *in eligendo* da empresa contratante é, justamente, o fundamento do Enunciado nº 331 do C. TST. À empresa tomadora dos serviços cabe selecionar, criteriosamente, aquela que irá prestar os serviços. Na escolha, faz-se necessário um conhecimento da estrutura da empresa prestadora, de seu porte e de sua idoneidade econômico-financeira, sob pena de a tomadora responder pela incorreta eleição. Mas, não basta escolher corretamente, é indispensável à constante vigilância dos serviços e obrigações da empresa prestadora, sob pena de incidência da culpa *in vigilando*.”⁹⁰

A conduta dolosa do tomador ou eventual ausência de diligência ao contratar empresas que prestam serviços é que justificam a responsabilização do tomador. Nas palavras de José Ribeiro de Campos:

“A culpa *in eligendo* se caracteriza quando a empresa tomadora contrata uma empresa prestadora sem capacidade de arcar com os direitos trabalhistas de seus empregados, e a culpa *in vigilando* se caracteriza quando a contratante não vigia, não fiscaliza, após a contratação, se a contratada continuará satisfazendo as obrigações trabalhistas. A culpa da empresa tomadora seria presumida.”⁹¹

Tem-se assim que, quando decorrente de má escolha de uma pessoa para desempenhar qualquer ato, subsiste a *culpa in eligendo*; quando decorrente de falta de fiscalização do dever de vigilância, teremos a *culpa in vigilando*, sendo certo que somente falar-se-á em responsabilidade quando o dano sofrido decorrer de ação ou omissão do agente causador; caso contrário, não havendo prejuízo sofrido pela vítima, não há que se falar em responsabilidade civil já que a mesma tem por finalidade reparar um dano causado por outrem.⁹²

⁸⁹ SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994. p. 25.

⁹⁰ SOUZA, Mauro Cesar Martins. **Responsabilização do Tomador de Serviços na Terceirização**. Publicado na Revista Justiça do Trabalho nº 208, p. 15. Disponível em <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/372.htm>> . Acesso em 20.11.2012.

⁹¹ CAMPOS, José Ribeiro. A Regulamentação da Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Contratante pelos Créditos Trabalhistas Inadimplidos pela Empresa Contratada. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo, ano 73. n. 06, junho de 2009. p. 730.

⁹² DINIZ, Maria Helena; MONTEIRO, Washington de Barros e PEREIRA, Caio Mário da Silva *apud*. CAMPOS, José Ribeiro. A Regulamentação da Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Contratante pelos Créditos Trabalhistas Inadimplidos pela Empresa Contratada. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo, ano 73. n. 06, junho de 2009. p. 727.

Assim, o inadimplemento por parte do empregador gera a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, tendo em vista a ignorância em cumprir com os requisitos necessários para contratação de mão de obra terceirizada. Nesse sentido o entendimento de Gustavo Garcia:

“Quem terceirizou a prestação de serviços tem os deveres de escolher empresa prestadora idônea e de acompanhar o correto cumprimento dos preceitos trabalhistas. Havendo o descumprimento dos direitos do empregado, o responsável principal é o empregador, no caso, a empresa prestadora. Mesmo assim, caso esta não tenha condições patrimoniais de satisfazer esses direitos trabalhistas, o tomador passa a responder de forma subsidiária, em razão de sua culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, ou mesmo em razão do risco que assume por ter preferido a terceirização de atividade, deixando de contratar empregados para exercê-la diretamente.”⁹³

Quanto à fiscalização da Administração Pública durante a execução do contrato, para que possa ser constatado se efetivamente estão sendo cumpridas as obrigações pela empresa contratada, há um dispositivo na Lei de Licitação, qual seja o art. 67, que prevê o acompanhamento e fiscalização por parte de alguém que represente o ente público durante a execução.

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

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

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

Nessa situação, tendo em vista que optou por terceirizar mão de obra, deve a tomadora aferir previamente a capacidade financeira e gerencial da empresa quanto à observância da legislação trabalhista, bem como, uma vez contratados os serviços da empresa, desempenhar contínua fiscalização e adotar as demais providências com o intuito de verificar a satisfação ou não dos encargos trabalhistas e previdenciários do empregador.⁹⁴

⁹³GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 178.

⁹⁴BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região. **Parecer em RO nº 0000775-58.2012.4.10.0012**. Parecerista: Dra. Soraya Tabet Souto Maior, Brasília 29.10.2012.

Além da Lei de Licitações, que deve ser observada, existe, também, como norma reguladora, a Instrução Normativa n. 2/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que impõe à Administração Pública Federal o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas por parte da contratada, desde a fase de abertura e de desenvolvimento do procedimento licitatório e da celebração do contrato administrativo.⁹⁵

⁹⁵PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Ltr Legislação do Trabalho**, São Paulo, ano 75, n. 7, jul. 2011. p. 293.

3. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM CONFLITO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUANDO DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

Como visto anteriormente, em que pese o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC n. 16, ter adotado o posicionamento decaber à Administração Pública, desde que presente a culpa, a responsabilização subsidiária pelos créditos trabalhistas inadimplidos provenientes da terceirização, indaga-se acerca da inobservância ao princípio da supremacia do interesse público, já que orienta as relações entre a Administração e o particular, construindo uma jurisprudência que tende a beneficiar um direito privado.

No tocante a esta problemática, cabe analisarmos se o princípio supramencionado deve prevalecer, quando das relações entre o ente público e os indivíduos terceirizados, nos casos em que conflitantes com as normas de direitos fundamentaistrabalhistas.

3.1. Análise acerca do princípio da supremacia do interesse público

A fim de buscar solucionar algumas questões atinentes à supremacia do interesse público em face dos direitos trabalhistas (tidos como fundamentais), da dicotomia entre público e privado, cabe analisarmos mais a fundo este princípio que rege a Administração Pública, sua natureza jurídica e, se realmente objetiva passar por cima de todos os direitos individuais dos trabalhadores.

Uma das discussões que se tem no tocante à aplicação da Súmula n. 331 do TST insere-se no fato de que o interesse particular do trabalhador não pode superar o interesse público, no sentido de responsabilizar subsidiariamente o ente estatal, tendo em vista a violação ao princípio da legalidade já que a contratação foi realizada mediante licitação, ou seja, nos ditames da lei.⁹⁶

Contudo, o princípio da legalidade foi ampliado pela Constituição Federal, de forma a compreender, além da lei, os princípios e valores, estimulando o Estado a

⁹⁶ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei nº 8666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente?. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011, p. 33.

relacionar a lei aos ideais de justiça. Assim, o Estado não se vincula apenas aos preceitos formais da lei, mas a todos os valores trazidos pela Constituição, a exemplo da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da moralidade, e da impessoalidade.⁹⁷

O princípio da supremacia do interesse público se fundamenta no uso de poderes e prerrogativas que a Administração Pública possui para atuarem defesa da sociedade como um todo, desde que delimitado por lei, não visando apenas à defesa de cada particular que, apesar de serem atingidos pela proteção do Estado, se interessam somente no amparo de seu interesse pessoal.

Cabe registrar que este é um dos princípios basilares que regem a Administração Pública. Entretanto, nem sempre o interesse público irá sobrepor-se ao particular já que, de uma forma ou de outra, os interesses privados também devem ser observados pelo ente público, de forma a não colocar em risco os direitos fundamentais do homem, assegurados pela Constituição Federal.⁹⁸

Na concepção de José dos Santos Carvalho Filho, o conceito de supremacia do interesse público é indeterminado, ou seja, dependendo do caso, o interesse público predomina sobre o particular e vice versa. Porém, defende com garra a predominância dos direitos coletivos sobre os individuais:

“Não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.”⁹⁹

⁹⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *apud*. GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei nº 8666/1993 do Colendo TST: poderia ser diferente? **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciário** n. 257, p.67-86, nov. 2010. p. 69.

⁹⁸VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092&revista_caderno=4> . Acesso em: 24.04.2013.

⁹⁹FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 29.

Nessa mesma linha, Gisele Bittencourt afirma que a sociedade coletiva não pode abdicar de seus interesses em detrimento de um particular, motivo pelo qual se posiciona em sentido favorável à supremacia do interesse público. Afirma, ainda, que “o princípio protetor do Direito do Trabalho não pode se sobrepor aos princípios da legalidade e do interesse público”.¹⁰⁰

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, “todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração”.¹⁰¹ Ao conceituar a supremacia do interesse público, o autor afirma que a superioridade do interesse da coletividade sobre o interesse do particular, configura uma condição para a “sobrevivência” deste último.¹⁰² Entende que o interesse da coletividade não é simplesmente a soma dos interesses individuais dos particulares, mas, sim, um interesse que surge da coletividade, a título de bem comum o interesse de todos.¹⁰³ Faz distinção, ainda, quanto ao interesse público primário e secundário, sendo o primeiro definido como o interesse da coletividade como um todo e o segundo que visa apenas interesses do Estado, sendo, portanto, atendíveis somente quando coincidirem com interesses primários. Tudo isso num viés de busca pelo bem coletivo, tornando-se possível perceber a intenção da atividade estatal frente à autonomia de vontades do cidadão.¹⁰⁴

Para Di Pietro, a supremacia do interesse público, também chamada de “princípio da finalidade pública”, está presente tanto no momento da elaboração da lei quanto no momento de sua aplicação. Para ela, tal conceito surgiu com o advento do Estado Social, momento em que presente o individualismo jurídico do Estado Liberal, que se preocupava com o bem estar coletivo, não somente resguardando a liberdade e a autonomia dos

¹⁰⁰ BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. A responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações de serviços fundada no enunciado nº 331, IV, do TST. **Revista do direito trabalhista**, São Paulo, v. 14, n. 02, p. 20-23, fev. 2008. p. 21.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56.

¹⁰² *Ibidem*. p. 69.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 69-71.

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 72-73.

indivíduos, mas também, preservando a satisfação básica dos indivíduos, como saúde pública, educação, saneamento básico, segurança e melhores condições de trabalho, entre outras.¹⁰⁵

Com base nas teses acima explanadas, verifica-se que a posição defendida por eles não se coaduna com o entendimento de diversos outros doutrinadores, no sentido de que a supremacia do interesse público preserva apenas a “vontade da Administração”. Este entendimento está ligado à ideia de que o disposto no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações isentaria a Administração Pública de qualquer responsabilidade pela satisfação das verbas trabalhistas advindas da terceirização de serviços, tendo em vista o interesse da Administração em enxugar a máquina administrativa na busca de melhores resultados e menor dispêndio, mesmo que em desfavor de direitos trabalhistas.¹⁰⁶

Visto isso, cabe refletir se essa economia de dinheiro público, embasada nos princípios da economicidade e da eficiência, que motiva a terceirização de serviços perante a Administração Pública, é suficientemente capaz de se contrapor a eventuais direitos fundamentais do trabalhador, que se caracterizam como uma espécie de direitos humanos que a Constituição garante a todos, mas que para alguns não passam de um parco direito privado.¹⁰⁷

Já por outro lado, alguns doutrinadores como, Daniel Sarmento, Luís Roberto Barroso e Humberto Ávila, dentro outros seguidores do neoconstitucionalismo, passaram a defender uma nova linha de pensamento, que propõe a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, tanto por entender não se tratar de princípio quanto por contrariar os direitos fundamentais.¹⁰⁸

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004. 17. ed. p. 68.

¹⁰⁶ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços– princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 733.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.p. 733-734.

Entretanto, o próprio Daniel Sarmiento ressalta que “a desvalorização totaldos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum”.¹⁰⁹

José dos Santos Carvalho Filho é contra esse posicionamento, pois não concorda com a visão modernista existente que se sustenta na idéia de contrariar a existência do princípio em comento, ante a primazia dos interesses individuais, com suporte nos direitos fundamentais dos indivíduos.¹¹⁰ Expõe o seguinte entendimento:

“Elidir o princípio se revela inviável, eis que se cuida de axioma inarredável em todo tipo de relação entre corporação e indivíduo. A solução, destarte, está em ajustá-lo para que os interesses se harmonizem e os confrontos sejam evitados ou superados.”¹¹¹

Nesse sentido, segundo a “teoria da colisão” defendida por Robert Alexy, em existindo uma colisão entre princípios, esta se resolveria através da ponderação, analisando-se o “peso” de cada um, em determinado caso concreto.¹¹²

Na visão de Luis Roberto Barroso, o qual se utiliza da distinção entre interesse público primário e secundário trazido pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo, somente o interesse público primário, atrelado aos valores fundamentais como justiça e segurança, desfrutaria de supremacia, não sendo passível de ponderação já que se caracterizaria como o próprio parâmetro de ponderação. Afirma que “o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.”¹¹³

¹⁰⁹ DANIEL, Sarmiento (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 3ª Tiragem. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2010. p. 28.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 30.

¹¹¹ *Ibidem*. p. 30.

¹¹² SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 735.

¹¹³ BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: Prefácio da obra. SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. XV-XVI

Daniel Sarmiento também entende que, no tocante à existência de conflitos entre o direito individual e o público, diante da prevalência da supremacia do interesse público, deve ser o caso examinado através da ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, que será tratado mais adiante.¹¹⁴

Assim, deparando-se com a colisão de direitos fundamentais, cabe ao aplicador da lei, dependendo do caso concreto, sopesar as circunstâncias e selecionar a norma que for mais adequada para solucionar a questão que ora lhe é apresentada para julgamento, valendo-se da técnica da ponderação.¹¹⁵ Faz isso de forma a não ignorar, também, os princípios essenciais da justiça, de um lado a supremacia do interesse público, no tocante à Administração Pública, e do outro os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho que cercam o indivíduo e são caracterizados como direitos fundamentais deles, assegurados pela Constituição Federal.

3.2. Dos direitos fundamentais trabalhistas como direitos humanos

A Constituição Federal assegura a todos, os direitos fundamentais trabalhistas, que estão fortemente ligados à dignidade da pessoa humana, e que junto com os valores sociais do trabalho compõem os fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, III e IV da Carta Maior, de forma que possamos concluir que os direitos trabalhistas não são simples direitos privados cuja observância se torna imperativa.¹¹⁶

Cícero Rufino Pereira afirma que a Constituição Federal de 1988 nomeia como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, se o valor social do trabalho é tido como direito fundamental de todo cidadão, os direitos trabalhistas próprios da dignidade

¹¹⁴ DANIEL, Sarmiento (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 89.

¹¹⁵ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços. In: **Revista do Direito Trabalhista**. Vol 14. n. 12, Dezembro de 2008. p. 11.

¹¹⁶ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços– princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 736.

da pessoa humana também se enquadram nessa classe como direitos humanos “positivados” ou direitos humanos trabalhistas.¹¹⁷

É clara a importância que existe quanto ao respeito aos direitos humanos, nas relações de trabalho. Assim, cabe analisar agora os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, tidos como direitos humanos do homem, e acerca da efetividade desses direitos no âmbito social.

3.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está fortemente ligado aos direitos fundamentais do indivíduo, presente no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, caracterizando-se como um elemento que dá origem e define estes direitos. Vejamos o texto constitucional:

“Art. 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”

Segundo Gabriela Neves Delgado, “no âmbito da vida real, o trabalho deve relevar o homem em sua dimensão maior de ser humano”¹¹⁸, partindo-se do pressuposto de que o eixo axiológico da dignidade da pessoa humana envolve o trabalho, que é tido como direito universal fundamental.¹¹⁹

Nas palavras de Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”.

¹¹⁷ PEREIRA, Cícero Rufino *apud* SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços– princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 736.

¹¹⁸ DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: **Revista dos Tribunais**, V. 101, n. 925. Nov/2012. p. 313.

¹¹⁹ *Ibidem*.

Dessa forma, tem-se um conjunto de direitos e deveres fundamentais contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, garantindo-lhe condições mínimas de uma vida saudável.¹²⁰

Nessa mesma linha, Alexandre de Moraes conceitua a dignidade da pessoa humana da seguinte forma, *in verbis*:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”¹²¹

Podemos com isso entender que, como qualidade intrínseca do ser humano, a dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, o que, apesar de não poder ser retirada do homem, há sim possibilidade de sofrer violações no decorrer da vida cotidiana.

Na seara trabalhista, respeitar as qualidades do trabalhador, atendendo suas condições de pessoa humana, se torna elemento essencial para que não seja tratado como uma “mera peça de engrenagem” e passe a ser reconhecido como um indivíduo dentro da sociedade, tendo sua integridade física, psíquica e moral valorizadas, atingindo a justa retribuição de seu labor.¹²²

Não sendo o direito do trabalho minimamente assegurado, ou seja, não existindo respeito à integridade do trabalhador ou uma contraprestação pecuniária mínima, não haverá dignidade humana que suporte. Se é tido como direito fundamental do homem, que haja também um dever fundamental de proteção, como a regulamentação jurídica, que serve como suporte de valor a proteger o indivíduo e seus direitos.¹²³

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

¹²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 24.

¹²² LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços. In: **Revista do Direito Trabalhista**, vol 14, n. 12, Dezembro de 2008. p. 8.

¹²³ DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: **Revista dos Tribunais**, V. 101, n. 925. Nov/2012. p.316.

Sob essa ótica da dignidade humana fazemos um encontro com o fenômeno da terceirização para que possa ser observado como cada vez mais os direitos que são assegurados aos trabalhadores estão sendo desprezados.

Para Grijalbo Coutinho, a terceirização, na maneira como é desempenhada, ofende em grande escala os direitos dos trabalhadores, vez que é tida como um ato destrutivo da dignidade humana ao anular grandes conquistas sociais, auxiliando no aumento dos níveis de miséria e restringindo cada vez mais a classe trabalhadora de receber um salário digno.¹²⁴

Analisando o trabalhador terceirizado, notadamente conclui-se que possuiu muita desvantagem no ambiente de trabalho, a começar pela dificuldade da sua integração social na empresa tomadora de serviços, já que não é tido como membro desta e muitas vezes é simplesmente deixado de lado para que não se configure a subordinação direta com o tomador dos serviços, sem contar a grande dificuldade em se identificar quem é seu real empregador, que assegurará seus direitos trabalhistas na justiça.¹²⁵

No tocante à proteção ao direito do trabalho e aos direitos do homem, sustenta Amauri Mascaro Nascimento, *in verbis*:

“Nos tempos atuais, o trabalho é um direito: o direito ao trabalho. Esta afirmação não é recente. É encontrada em Montesquieu e em Rousseau. Há, portanto, uma preocupação com o direito do trabalho, cujo fundamento maior é o próprio direito à vida. O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-lo, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É o direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência.”¹²⁶

Ademais, o enquadramento do trabalho do indivíduo como direito elimina a possibilidade de prestação laboral servil ou análoga à de escravo, circunstâncias estas que se existentes abririam espaço para a marginalidade do direito, na órbita da ilegalidade. O

¹²⁴ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização bancária no Brasil**: direitos humanos violados pelo Banco Central. São Paulo: LTr. 2011. p. 163-164.

¹²⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A terceirização sob uma perspectiva humanista. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo horizonte: Mandamentos, 2004. p.54-55.

¹²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro *apud* DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: **Revista dos Tribunais**, V. 101, n. 925. Nov/2012. p. 317.

objetivo de ter o trabalho como direito surge em face da necessidade do direito fundamental ao trabalho digno.¹²⁷

Tem-se, diante do presente contexto, a importância que se deve dar ao princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra como parte hipossuficiente numa relação trabalhista, sendo dever do Estado zelar pela correta aplicação das normas e princípios basilares.

3.2.2. *Princípio dos valores sociais do trabalho*

Também tido como um dos princípios fundamentais da ordem constitucional do Estado Democrático brasileiro, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, previstos no inciso IV do art. 1º da Carta Magna, são de grande relevância para o ser humano tendo em vista a conduta laboral do indivíduo, tanto no plano da sua própria individualidade como na vida familiar e social.¹²⁸

A Constituição Federal garante ao indivíduo o trabalho como sendo o mais importante meio para dignificar o homem, pois é a forma garantidora do mínimo de poder social àqueles que integram a massa da atual sociedade capitalista e são desprovidos de riquezas e outros meios legais para a própria sobrevivência e de sua família.¹²⁹

A valorização do trabalho também está enfatizada na Ordem Econômica e Financeira, descrita no art. 170 da Constituição Federal, fundamento o qual está atrelado ao valor social do trabalho humano e da livre iniciativa, de forma a proporcionar a todos uma vivência digna, observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento dado às pequenas empresas.¹³⁰

¹²⁷ DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: **Revista dos Tribunais**, V. 101, n. 925. Nov/2012. p.318.

¹²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 33-34.

¹²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p.34.

¹³⁰ *Ibidem*. p. 34-35.

Assim, na medida em que a sociedade evolui, os valores morais se transformam para acompanhar o momento cultural da sociedade. Na medida em que o trabalho atinge certa relevância social, econômica e política, determinadas garantias jurídicas são alcançadas com valor constitucional, visando à construção de uma sociedade justa e digna e procurando solucionar avenças antes existentes.¹³¹

Portanto, o direito do trabalho tem que manter em seu interior a valorização do trabalho humano, o qual deve ser elemento de dignificação pelo Estado em proteção ao obreiro, que é responsável por manter sua própria vida e de seus familiares bem como pelo desenvolvimento da sociedade como um todo.

3.3. A Administração Pública como seguradora dos interesses individuais do trabalhador

Diante de todo o exposto, chega-se à seguinte pergunta: Será que a Administração Pública zela pelos direitos trabalhistas, tidos como direitos fundamentais dos indivíduos, diante das normas e princípios conflitantes entre si?

Para chegar a uma conclusão definitiva quanto à compatibilidade dos direitos fundamentais trabalhistas e o interesse público, de acordo com o posicionamento adotado na ADC n. 16, pelo Supremo Tribunal Federal, aplica-se a ponderação de normas, baseado no princípio da proporcionalidade, utilizando-se daquilo que de uma forma ou de outra se adapta melhor ao caso concreto, desde que não venha a ferir outros direitos dali decorrentes.

Para Luis Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios, quais sejam, da adequação, da necessidade ou exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro exige que as medidas tomadas pelo Estado sejam aptas a alcançar as metas buscadas. O segundo, determina que antes de tudo se verifique a inexistência de um meio menos gravoso para alcançar os objetivos traçados. E, por fim, o da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre a obrigação imposta e o

¹³¹BOCORNY, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003. p. 84-85.

benefício, a fim de se atestar se é ou não justificável a intervenção na esfera dos direitos do indivíduo.¹³²

O Supremo Tribunal Federal reiteradamente vem utilizando o princípio da proporcionalidade para aplicar normas, como ocorreu no julgamento da ADC n. 16. Neste ato, o Ministro Relator César Peluzo afirmou que o TST vinha interpretando o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações com fundamento nos princípios constitucionais que amparam o trabalhador, entendendo que a Administração Pública não poderia isentar-se da responsabilidade quando omissa no seu dever de fiscalizar:

“Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST.”¹³³

Não se sustentou apenas nos princípios que regem a Administração Pública, como da legalidade e impessoalidade, apesar da supremacia do interesse público. Até porque foge aos padrões de moral exigidos a um ente público contratar empresa inidônea que não cumpre com as obrigações contratuais perante o trabalhador para a prestação de serviços terceirizados sem fiscalizá-la e responder pela inadimplência da empresa, deixando o empregado sem a devida proteção aos seus direitos fundamentais em razão da prestação dos serviços, caracterizando-se uma afronta aos direitos humanos.¹³⁴

Portanto, em uma análise do julgamento da matéria em comento, constata-se que a Corte Maior valeu-se a fundado princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para interpretar a letra do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 em face dos princípios fundamentais do indivíduo. Senão vejamos.

¹³² BARROSO, Luis Roberto *apud*. GUEDES, Ricardo Catunda N. Supremacia do interesse público sobre o interesse privado em face dos direitos fundamentais. In: **Revista Mestrado em Direito**. Osasco. Ano 7, nº 1, 2007. p. 285/286

¹³³ Notícia veiculada no informativo n. 610 do STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC%20e%20art.%2071%201,%20da%20Lei%208.666/93%20-%203>> . Acesso em 25.04.2013.

¹³⁴ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços– princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 738.

Primeiramente quanto à adequação no sentido de que, mesmo que constitucional o § 1º da Lei de Licitações, em que pese os princípios da moralidade e da dignidade da pessoa humana, a Administração Pública não pode deixar de fiscalizar a execução do contrato de trabalho, principalmente no que tange ao cumprimento das normas trabalhistas. Depois, no tocante à necessidade, já é preciso fiscalizar o cumprimento aos direitos fundamentais para que o ente fique isento da responsabilidade. E, por último, e mais importante, a proporcionalidade em sentido estrito, vez que é imprescindível a terceirização de serviços face ao princípio da eficiência, bem como o descumprimento do dever de fiscalizar gera responsabilidade, face aos princípios da dignidade da pessoa humana e da moralidade.¹³⁵

Se o STF houvesse levado em conta o entendimento de muitos doutrinadores, no sentido de colocar a supremacia do interesse público à frente de tudo e mantivesse constitucional a norma da Lei de Licitações, porém declarasse ilegal a Súmula 331 do TST, estaria beneficiando a Administração de forma ilícita uma vez que poderia haver hipóteses de o trabalhador prestar o serviço sem sequer receber a contraprestação trabalhista. Di Pietro defende que a terceirização acaba por gerar fraudes aos direitos sociais do trabalhador. Por isso, existe a necessidade de colocar a Administração Pública sob a influência do direito trabalhista, como uma forma de evitar descasos quanto aos direitos adquiridos pelos empregados.¹³⁶

Segundo Sérgio Pinto Martins, a responsabilidade subsidiária do ente público se baseia no princípio da proteção ao trabalhador já que é impossível que este volte ao seu *status quo ante*, ou seja, a energia que desempenhou para a prestação dos serviços não pode ser a ele devolvida. Dessa forma, nada mais justo que os encargos advindos da terceirização na rescisão contratual, quando a empresa é inadimplente, sejam do tomador dos serviços, o verdadeiro beneficiário.¹³⁷

Assim, não pode a Justiça do Trabalho beneficiar a Administração Pública de forma a simplesmente ignorar os princípios que dão proteção ao trabalhador, haja vista que

¹³⁵ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 738.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 356.

¹³⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 134.

encontram-se sedimentados na própria Constituição de 1988. Conforme o art. 1º, IV da Carta Maior, o trabalho é um dos fundamentos do Estado democrático bem como, consta nos arts. 170 e 193 do mesmo diploma que a ordem econômica está assentada na valorização do trabalho da pessoa humana e a ordem social, na primazia do trabalho, respectivamente.¹³⁸

Essa vem sendo a melhor interpretação que se adequa às normas atuais, já que dá total atenção aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, bem como preserva a moralidade e a supremacia do interesse público, sem ofensa a nenhum direito fundamental, atendendo, assim, os interesses da coletividade que vêm ligados a outros princípios, como da eficiência e legalidade.¹³⁹

Visto isso, mesmo que sempre busque fugir das obrigações que tem perante o trabalhador, a Administração Pública acaba por cumprir sua função social perante eles, ainda que por muitas vezes sendo forçada a isso, já que conta com a interferência do Judiciário. De qualquer forma, apesar da complicação, os direitos fundamentais dos trabalhadores acabam resguardados e as obrigações do ente público perante a sociedade de trabalhadores cumpridas.

¹³⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5.09.2012.

¹³⁹ SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços – princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p. 738.

CONCLUSÃO

A terceirização surgiu com a necessidade de grandes empresas, no âmbito do sistema capitalista, reduzirem os custos com a mão de obra e acelerar a produtividade em razão do crescimento da demanda. Apesar de ser um fenômeno há muito tempo utilizado, ainda não possui regulamentação específica. Como forma de evitar possível inchaço de servidores na máquina pública, a Administração Pública vem utilizando amplamente deste recurso.

Essa técnica de produção causou certo impacto na seara trabalhista, pois a relação que antes era clássica, ou seja, empregado e empregador, agora se tornou triangular. E, a competitividade existente entre as tomadoras de serviços fez com que as empresas prestadoras de mão-de-obra não conseguissem se manter economicamente, acabando por descumprir as obrigações que têm em face do trabalhador. Daí a necessidade de se responsabilizar subsidiariamente o ente público, que é o maior beneficiário da força de trabalho despendida pelo empregado.

Assim, a ADC n. 16 do STF, reconheceu a constitucionalidade do art. 71, da Lei 8.666/93, que prevê a isenção total da responsabilidade da Administração Pública em face das obrigações trabalhistas decorrentes da terceirização, bem como considerou ilegal a aplicação automática da responsabilidade subsidiária do ente público, que era prevista na Súmula 331 do TST, sem que fosse averiguada sua culpa, apesar de entenderem que tal responsabilidade deva existir. Dessa forma, essa decisão motivou o TST a modificar a súmula em comento, acrescentando a ela um inciso, para que passasse a ser analisada a culpa antes de responsabilizar o ente, preservando, dessa forma, os princípios que regem a Administração Pública, bem como os direitos fundamentais dos empregados.

Ocorre que existe grande controvérsia entre a terceirização de serviços pela Administração Pública, ante a supremacia do interesse público, e o amparo aos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados.

É plenamente possível que ocorra a terceirização de serviços públicos, desde que ligados à atividade-meio da Administração, devendo ser fiscalizado o cumprimento das normas pela prestadora sob pena de responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, no

caso, a Administração Pública, com fundamento na nova redação da Súmula 331 do TST, no qual restou sedimentado o entendimento que se presentes as culpas *in elegendo* e *in vigilando* poderia ocorrer a mencionada responsabilização.

Para tanto, a Corte julgadora utilizou-se do princípio da proporcionalidade, para melhor adaptar ao caso concreto, sem ofensa a nenhuma parte, vez que embora os princípios da legalidade e da economicidade determinassem a aplicação sem restrições ao disposto no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, os princípios da moralidade e da dignidade da pessoa humana, por outro lado, exigiam a proteção aos direitos dos trabalhadores, tidos como fundamentais, considerados como verdadeiros direitos humanos. Ou seja, na prática a Administração Pública deverá adotar-se às exigências constitucionais, criando meios para fiscalização das empresas contratadas, para que não seja responsabilizada.

Tendo em vista ser constante em nosso meio a contratação de empregados por meio da terceirização deveriam ser exigidas medidas mais impositivas quando, por exemplo, do momento da contratação, no sentido de se adotar meios mais eficientes de se comprovar a idoneidade da empresa terceirizada, bem como no momento da execução do contrato, no que diz respeito à melhoria na fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas à Administração.

A adoção dessas medidas mais protetivas geram um aumento no custo da terceirização, porém é uma obrigação que compete a Administração Pública sendo compatível com a necessidade da observância dos direitos fundamentais dos trabalhadores e dos membros da sociedade aos quais o interesse público também deve zelar, ambos garantidos pela Constituição Federal. O resultado disso será de maior efetividade aos serviços e menos burla à lei, bem como mantém resguardados os direitos dos indivíduos que prestam os serviços às empresas terceirizadas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: Prefácio da obra. SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. A responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações de serviços fundada no enunciado nº 331, IV, do TST. **Revista do direito trabalhista**, São Paulo, v. 14, n. 02, p. 20-23, fev. 2008. p. 20-23.

BOCORNY, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05.09.2012.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região. **Parecer em RO nº 0000775-58.2012.4.10.0012**. Parecerista: Dra. Soraya Tabet Souto Maior, Brasília 29.10.2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 13.11.2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_363_450.html#SUM-363>. Acesso em: 13.11.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF**. Partes: Governador do Distrito Federal e Procurador Geral do Distrito Federal. Brasília, mar. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em 29.04.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 610**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC%20e%20art.%2071%201º,%20da%20Lei%208.666/93%20-%203>> . Acesso em 13.11.2012.

BRITO JÚNIOR, William de Almeida. A Súmula nº 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho frente à lei de licitações e contratos. **Justiça do Trabalho Caderno de Direito Previdenciário Doutrina e Jurisprudência**, Porto Alegre, n. 266, p.28-36, fev. 2006.

CAMPOS, José Ribeiro de. A regulamentação da Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Contratante pelos Créditos Trabalhistas Inadimplidos pela Empresa Contratada. In: **Revista LTr**. ano 73. n. 06, Junho de 2009. p. 724-733.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central.** São Paulo: LTr, 2011.

DANIEL, Sarmiento (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público.** 3ª Tiragem. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: **Revista dos Tribunais**, V. 101, n. 925. Nov/2012. p. 305-321.

_____. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2003.

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

_____. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 17.

_____. **Parceria na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FELÍCIO, Alessandra Metzger. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização do Direito do Trabalho.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Responsabilidade Fiscal na função do ordenador de despesa; na terceirização de mão-de-obra; na função do controle administrativo.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei nº 8666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011. p. 32-53.

GUEDES, Ricardo Catunda N. Supremacia do interesse público sobre o interesse privado em face dos direitos fundamentais. In: **Revista Mestrado em Direito.** Osasco. Ano 7, nº 1, 2007. p. 273-287.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. **Responsabilidade e as Relações de Trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços. In: **Revista do Direito Trabalhista**. Vol. 14. n. 12, Dezembro de 2008. p. 6-17.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A Responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2003.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A terceirização sob uma perspectiva humanista. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo horizonte: Mandamentos, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Responsabilidade solidária e subsidiária no direito do trabalho – culpa *in eligendo* e *in vigilando* e a responsabilidade do empregador. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo, n. 244, out. 2009b. p. 7-13.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIGLIORA, Luiz Guilherme Moraes Rego; VEIGA, Luiz Felipe Tenório da. **Administração do risco trabalhista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil** – São Paulo: QuartierLatin, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v 4.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

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

NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; BERNARDES, Denise Couto; PEREIRA, Mônica Guedes. Terceirização e responsabilidade. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Ltr Legislação do Trabalho**, São Paulo, ano 75, n. 7, jul. 2011. p.271-307.

RICCITELLI, Antonio. **Responsabilidade civil das atividades da administração pública**. São Paulo: Lex, 2010.

ROSIGNOLI, Juliana Bernardes. In: HENRIQUE, Carlos Augusto; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROSIGNOLI, Juliana Bernardes. Terceirização e Administração Pública. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição e 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: Privatizações, Concessões e Terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997..

SOUZA, Mauro Cesar Martins. **Responsabilização do Tomador de Serviços na Terceirização**. Publicado na Revista Justiça do Trabalho nº 208, p. 15. Disponível em <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/372.htm>>. Acesso em 20.11.2012.

SULZBACH, Livia Deprá Camargo. A responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização de serviços– princípio da supremacia do interesse público X dignidade da pessoa humana? – repercussões do julgamento da ADC n. 16 pelo STF na súmula n. 331 do TST. In: **Revista LTr**. Vol. 76. n. 06, Junho de 2012. p.719-739.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092&revista_caderno=4> . Acesso em: 24.04.2013.