

TERCEIRIZAÇÃO – ASPECTOS GERAIS. A ÚLTIMA DECISÃO DO STF E A SÚMULA 331 DO TST. NOVOS ENFOQUES

Márcio Túlio Viana*
Gabriela Neves Delgado**
Helder Santos Amorim***

1 – INTRODUÇÃO

Do legislador ao fiscal do trabalho, do líder sindical ao freguês de um restaurante, são vários os *terceiros* que podem influir na relação de emprego. Mas a palavra “terceirização”, como sabemos, tem sido usada para descrever um fenômeno específico, em que uma empresa se serve de trabalhadores alheios – como se inserisse outra dentro de si. Na verdade, esse fenômeno é ambivalente. A empresa também pratica o movimento inverso, descartando etapas de seu ciclo produtivo e os respectivos trabalhadores – como se se lançasse dentro de outra. No limite, pode até se transformar numa *fábrica vazia*¹, mera gerenciadora de rede, hipótese em que a terceirização, como certa vez notamos, desliza para a terceirização.

A primeira forma de terceirizar pode ser chamada de “interna”; a segunda, de “externa”. No entanto, mesmo a primeira, tal como a segunda, tenta especializar funções e sobretudo externalizar custos. Sob esse aspecto, são ambas o retrato em miniatura de um movimento mais complessivo do sistema, no sentido de *excluir* muito mais do que *incluir*².

* Professor na UFMG e na PUC Minas; desembargador aposentado do TRT da 3ª Região.

** Advogada; professora adjunta de Direito do Trabalho da Universidade de Brasília (UnB) dos cursos de graduação e pós-graduação; doutora em Filosofia do Direito pela UFMG; mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas.

*** Procurador do Trabalho em Minas Gerais; mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

1 A expressão tem sido utilizada por alguns autores italianos.

2 Esse movimento nega o Estado do Bem-Estar Social e a necessidade de proteção ao trabalhador, ao mesmo tempo em que produz desemprego, subemprego e até escravidão; um dos sinais mais evidentes e curiosos de sua lógica está no fato de que os índices da Bolsa de Nova Iorque costumam aumentar sempre que as empresas se enxugam, praticando o chamado *downsizing*.

A terceirização *interna* inspirou a Súmula nº 331 do TST. A *externa* liga-se mais de perto à questão do grupo empresarial. Essa *Introdução* começa tratando de ambas, para depois se deter na primeira.

1.1 – De volta ao passado

Na fase pré-industrial³, alguns capitalistas – que já não queriam ser apenas comerciantes, e não sabiam ou não podiam ser ainda industriais – distribuíam matéria-prima entre as famílias camponesas, para mais tarde vender o produto acabado⁴.

Embora, num primeiro momento, todas as relações fossem provavelmente de emprego, passaram a envolver também oficinas independentes, já agora nas cidades. A grosso modo, era a mesma *terceirização externa* que hoje vemos.

O problema era como gerir esse trabalho disseminado, sem método, oculto no interior dos lares e resistente a mudanças, numa época em que o mercado em expansão exigia racionalidade crescente.

A solução foi reunir os trabalhadores num mesmo espaço físico – a fábrica – a fim de controlar pelo menos os seus horários e a sua produção. A fábrica era também o lugar adequado para abrigar as máquinas que surgiam.

No início, para recrutar mão de obra, o industrial recorria com frequência aos *gatos* – que lhe ofereciam bandos de mendigos, mães solteiras ou crianças, dentre as quais podiam estar os seus próprios filhos. Em geral, o *gato* também trabalhava, chefiando a turma; com o tempo foi criando um embrião de empresa⁵, que antecipava as formas refinadas de hoje⁶.

Mas também esse modelo foi superado: pouco a pouco, o capitalista passou a escolher ele mesmo a sua gente. Desse modo podia controlar melhor os riscos, sem depender de terceiros – e ao mesmo tempo tornar os trabalhadores ainda mais homogêneos e disciplinados.

Assim constituído, o modelo de produção trazia embutido um paradoxo que parecia invencível: de um lado, via-se obrigado a reunir e uniformizar os trabalhadores, para que eles produzissem de forma vigiada, metódica e previsível; de outro, não tinha como evitar a *união* que a *reunião* provocava.

3 Na verdade, o fenômeno já existia desde épocas mais remotas, mas foi às vésperas da I Revolução Industrial que se tornou comum e abrangente.

4 Eram especialmente tecidos, que depois de confeccionados por aquelas famílias, passavam por outras mãos para serem tingidos.

5 Até conventos cediam órfãos ou mães solteiras às fábricas.

6 Na Grécia Antiga – só para citar um exemplo – havia empresas que alugavam escravos, especialmente no setor de mineração.

Sofrendo as mesmas dores, e sonhando os mesmos sonhos, cada trabalhador se via no outro, como num espelho. E assim, pouco a pouco, os indivíduos antes atomizados criaram coalizões, e destas nasceram os sindicatos. Como notou Tocqueville, os laços profissionais se revelariam ainda mais fortes que os da família.

A par de outros fatores, foi, sobretudo, essa contradição que tornou possível a emersão de um Direito *do Trabalho*, primeiro e único construído basicamente pelos oprimidos. Assim, mais do que um subproduto do sistema, ele nasceu e cresceu, em grande medida, como a resultante de um seu *modo de ser*, representado pela fábrica – uma fábrica cada vez mais concentrada e concentradora.

Mesmo no Brasil, onde a união operária era ainda frágil, Vargas agiu *em função dela*, projetando e limitando suas ações no futuro⁷. De resto, as normas da CLT – inspiradas em outros povos – já escondiam traços de sangue; em última análise, eram produto de lutas, travadas não importa aonde.

A mesma contradição podia ser vista até num dos nomes propostos para aquele novo Direito: seria ele um *Direito Operário*, não só por se aplicar quase apenas aos operários, mas por se mostrar como um deles – simples, de pés no chão, rente à vida, tão rebelde aos ritos e formas e por isso tão diferente do Direito Comum.

O mesmo paradoxo serviu para mostrar, ao longo do tempo, como as fontes daquele *Direito Operário* tanto ajudavam a criá-lo, no plano das formas, como a lhe dar existência real; pois o grupo não só construía, direta ou indiretamente, as normas de proteção, como também as fortalecia, sancionando-as⁸.

É que, como sabemos, o Direito do Trabalho não se realiza tão facilmente como o Direito Civil. Enquanto o passageiro de um táxi nem sequer cogita em não pagar a corrida, o empresário tende a aplicar a lei *como, quando, onde e quanto* quer, e assim mesmo *se quiser* – governando-a tal como governa a própria força-trabalho⁹.

Por isso, além de todo um aparato de repressão – fiscais, juízes, procuradores – a norma exige que as mesmas forças que a fizeram brotar *continuem a existir*. É preciso que o ambiente de pressão, representado pela greve¹⁰, transforme-se numa sanção paralela, de reforço.

7 No projeto de industrialização do país, o sindicato era visto (ou intuído) como um ator importante, não só para servir de interlocutor em caso de conflito, mas também para (em novo paradoxo) ajudar a disciplinar a mão de obra.

8 É claro que isso aconteceu sobretudo nos países de sindicalismo também forte.

9 O *uso seletivo da lei* foi originalmente abordado por José Eduardo Faria.

10 Aqui, damos à palavra o significado largo que parte da doutrina e (até certo ponto) a própria OIT lhe conferem – para alcançar formas atípicas de resistência coletiva.

Por fim, aquela contradição se refletiu – também como um espelho – no próprio Direito do Trabalho, que serve à classe dominada sem deixar de ser útil à dominante; e que, numa espécie de síntese, tornou-se o mais importante veículo de redistribuição de riquezas, como observa Mauricio Godinho Delgado.

Hoje, no entanto, a mesma contradição que fez nascer o sindicato, e que por suas mãos deu vida e efetividade ao Direito, começa a ser superada. E uma das razões – provavelmente a maior – é a terceirização. Ela viaja alguns séculos no tempo, para voltar – revigorada – em suas duas versões.

Quando *externa*, a terceirização fragmenta cada empresa em múltiplas *parceiras*¹¹, espalhando também os trabalhadores – mas dessa vez sem os problemas de antes, pois as novas tecnologias viabilizam o controle a distância. Em outras palavras, já é possível *produzir sem reunir*.

Quando *interna*, a terceirização divide em cada empresa os trabalhadores, opondo efetivos a terceirizados, estes se sentindo – não sem alguma razão – inferiores àqueles, e ameaçando veladamente o seu lugar. Desse modo, já é possível até mesmo *reunir sem unir*.

Em consequência, a terceirização afeta duramente – e de três modos – as fontes do Direito do Trabalho. *Primeiro*, dificultando a criação de normas protetivas. *Segundo*, facilitando a edição de normas precarizantes. *Terceiro*, enfraquecendo aquela sanção paralela e, desse modo, debilitando cada artigo da CLT.

Não custa notar, a propósito, que as fontes materiais têm esse nome porque são elas que nos dão a *matéria*, o *conteúdo*, do Direito. Desse modo, quando as fontes se transformam, o Direito também se altera em termos de efetividade e de intensidade normativa.

1.2 – Argumentos pró e contra a terceirização

A terceirização é apenas uma das práticas que tentam otimizar o processo produtivo, acelerando a produção, eliminando estoques e reduzindo custos. Os resultados dessa tendência já são visíveis a olho nu; podemos senti-los, por exemplo, quando saímos para comprar um livro e o vendedor nos pede para voltar outro dia. No limite, como disse alguém, o trabalhador irá fabricar o produto *que ele mesmo comprou...*

Não que essas práticas, em si mesmas, sejam perversas. Trata-se de uma evolução no modo de produzir, que se nem sempre nos permite encontrar todos os produtos que desejamos, pelo menos os barateia e facilita a sua diversificação.

11 Note-se que em alguns setores – como na indústria automobilística – esse processo começou a renascer várias décadas atrás; mas só recentemente pôde se disseminar por todo o mercado, graças à informática e à microeletrônica.

O problema é que o *just in time*, quando aplicado à força de trabalho, conserva a mesma lógica de eliminar estoques, valendo-se – a cada instante – da quantidade exata de mercadoria de que precisa. Como essa mercadoria, no caso, é o próprio trabalhador, as consequências são dramáticas.

Inserida nessa mesma lógica, a terceirização serviria – na ótica de seus defensores – não só para agilizar a produção, mas para fomentar novas empresas e abrir postos de trabalho. Mas a afirmação é discutível: em última análise, os terceirizados de hoje são os efetivos de ontem, apenas vestidos de outro modo. Na verdade, a terceirização aumenta a rotatividade de mão de obra e os níveis de desemprego¹².

No saldo final, os efeitos da terceirização tendem a ser bem mais negativos do que positivos. Para esclarecer melhor esse aspecto, deixemos de lado a forma externa de terceirizar¹³ para nos concentrarmos na interna. É a que mais agride a estrutura do contrato de trabalho. Na lição de Mauricio Godinho Delgado, “dissocia-se a relação econômica de trabalho da relação juslaboralista que lhe seria correspondente”¹⁴.

Nessa relação triangular, o que o intermediário quer não é a mesma coisa que o empresário quer. Como certa vez notamos¹⁵, ele não utiliza a força-

12 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 170-172. Citando Souto Maior, a autora lembra que a terceirização também dificulta a integração do empregado na empresa (*op. cit.*, p. 173).

13 No caso específico da terceirização externa, os argumentos favoráveis se multiplicam – pelo menos na área empresarial. Segundo os teóricos do ramo, a organização em rede permitiria à grande empresa concentrar-se no *foco* de suas atividades, enquanto as suas *parceiras* se especializam. Ora, quanto menores as empresas, mais ágeis e criativas tendem a ser, com reflexos positivos na qualidade dos produtos. Além disso, a externalização propagaria aperfeiçoamentos técnicos por toda a rede – gerando uma *modernização em cadeia* do setor produtivo. E como tudo isso faz reduzir os custos, os preços do produto final também cairiam. Por fim, a rede é retrátil e reversível. Pode se desfazer e se refazer a qualquer momento. Isso lhe permitiria atender melhor às variações do mercado, com ganhos para todos. O que esses teóricos não dizem, porém, é quem paga a conta. Uma parte recai sobre o pequeno empresário. É comum, por exemplo, a grande empresa descartar para a pequena as máquinas que se tornaram obsoletas, através de contratos de *leasing*. Com isso, prolonga a sua vida útil e ganha lucros adicionais. Mas a pior parte recai sobre os trabalhadores. Estudos do DIEESE, em 1999, envolvendo 40 empresas terceirizadas do ABC, apontavam: em 72,5% dos casos, benefícios sociais inferiores; e em 67,5%, níveis salariais menores. As jornadas eram mais extensas e as condições de saúde e segurança mais precárias. Note-se que as empresas menores, por serem menos visíveis, fazem o *serviço sujo* para as grandes, sonogando direitos e propondo contratos mais baratos (e por isso mais atraentes). Essa realidade é ainda mais visível quando a grande empresa expulsa trabalhadores e os reaproveita através das pequenas, em condições mais precárias (VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 7, n. 13 e 14, Belo Horizonte, 2004, p. 50-82).

14 *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 417.

15 *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 7, n. 13 e 14, Belo Horizonte, 2004, p. 50-82.

trabalho para produzir bens ou serviços. Não se serve dela como valor de uso, mas de troca. Não a consome: subloca-a. O que ele consome, de certo modo, é *o próprio trabalhador*, na medida em que o utiliza como veículo para ganhar na transação. Em outras palavras, o mercador de homens os emprega tal como o fabricante usa os seus produtos e como todos nós usamos o dinheiro.

Em termos objetivos, a terceirização afeta *os terceirizados*, que em geral trabalham em condições mais precárias¹⁶; *os permanentes*, cujos salários, por isso mesmo, tendem a se aviltar; e às vezes a *própria empresa tomadora*, que além de lidar com o embate histórico entre capital e trabalho, vê-se a braços com um conflito inédito entre trabalho e trabalho.

Já em termos subjetivos, a terceirização atravessa as paredes do Parlamento para invadir corações e mentes, dificultando não só a luta para se pôr o direito, mas a luta pelo direito posto. E isso vale tanto para o terceirizado como para o efetivo, pois o que o primeiro transmite ao segundo não é apenas a degradação do salário ou do trabalho, mas o individualismo, a concorrência, a *corrosão do caráter*¹⁷.

Por isso, mais do que uma técnica de gerência, a terceirização se revela uma estratégia de poder¹⁸. Ela divide já não apenas o trabalho, mas a classe que trabalha, semeando o medo no chão da fábrica e colhendo um novo espécime de trabalhador – mais dócil e solitário, e ao mesmo tempo sempre móvel e ansioso, modelo ideal para um ritmo de trabalho trepidante, mutante e absorvente, tal como as músicas, as modas e tudo o mais que nos cerca. Também aqui, como diria Beck, a incerteza aparece não como problema, mas como solução¹⁹.

Assim, enquanto nos preocupamos apenas com a norma, *é o próprio sujeito* que se flexibiliza. Mas ele também contribui – por isso mesmo – para flexibilizá-la, toda vez que sofre calado uma violação em seus direitos.

Na verdade, em certo sentido, Direito e sujeito se integram ou se confundem. Um aponta para o outro, um expressa e revela o outro. Era assim que, num passado ainda recente, as regras de proteção – rígidas, homogêneas e fortes – pareciam réplicas dos operários, brasileiros ou não, que as tinham

16 Inclusive, como sabemos, em termos de saúde e segurança no trabalho. Assim, por exemplo, há dados que apontam para uma subnotificação de acidentes muito mais frequente que entre os trabalhadores efetivos.

17 Para usar a frase-título do livro de Sennet.

18 Tal como já acontecera com o taylorismo – que extraiu o que restava do saber (e, por isso, de poder) dos trabalhadores qualificados, herdeiros dos antigos artesãos, e que formavam a linha de frente do sindicalismo da época.

19 O autor se utiliza da frase em sentido mais genérico, ao descrever a nova lógica da produção.

feito nascer. Operários firmes, decididos, uniformes, marchando firme nas greves. Hoje, ao contrário, o que temos são trabalhadores e normas cada vez mais frágeis, diferenciados, efêmeros, *moles*.

Nesse sentido, talvez se possa dizer que o Direito do Trabalho não é apenas um conjunto de normas e institutos – mas é *o próprio trabalhador*. E é por isso que as transformações de um deles provocam transformações no outro. Esse talvez seja o maior problema da terceirização. Embora não seja a única, ela é uma espécie de bomba que ajuda a implodir o Direito do Trabalho.

1.3 – Limites jurídicos à terceirização

A Súmula nº 331 do TST traça limites jurídicos à terceirização – o que a torna duplamente importante, seja para o bem como para o mal. Para o bem, porque – em razão dos próprios limites – ajuda a conter o fenômeno. Para o mal, porque – dentro dos mesmos limites – ela o legitima e reforça.

Se pensarmos só em termos de Direito do Trabalho, o ideal seria vincular sempre o empregado ao tomador, o que implicaria proibir qualquer forma de terceirização. Mas não nos parece que isso seja viável. Afinal, como dizíamos, ela serve às exigências do *just in time*, que viabiliza a produção de bens variados e efêmeros – os quais por sua vez têm muito a ver com o nosso tempo, na medida em que nos permitem, a cada ato de escolha e compra, suprir as nossas carências e afirmar as nossas individualidades²⁰.

Além do mais, de contrapeso, talvez haja até um componente de outra ordem. A decisão de terceirizar liga-se de perto à liberdade de empresa, e o discurso da liberdade, em todos os níveis, tem-se fortalecido muito nas últimas décadas: do domínio das ideias passou aos planos da cultura, dos costumes e das emoções, ganhando uma dimensão e uma legitimidade que talvez nunca tenha tido²¹.

Mas a terceirização, como vimos, é também uma estratégia de poder. Viabilizada pela nova relação de forças entre capital e trabalho, ela aprofunda a desigualdade entre os atores sociais, minando a força do grupo e abalando os alicerces do próprio Direito.

20 É mais ou menos o que se pode concluir a partir de autores como Cova, Torres i Prat e Lipovetsky.

21 Basta notar, por exemplo, o que acontece nas relações entre pais e filhos, alunos e mestres; ou com as possibilidades, hoje virtualmente ilimitadas, de se fazer música, pintura ou qualquer tipo de arte; ou ainda com o enfraquecimento geral das regras jurídicas, em termos de efetividade.

Ora, se é assim, também o Direito deve construir a sua estratégia. Qual seria ela?

Se proibir é difícil, a solução pode ser a de onerar mais fortemente as práticas de terceirização. Talvez assim se possa reduzi-las em quantidade ou melhorá-las em qualidade, amenizando os seus efeitos perversos. E para isso, enquanto a lei não vem, seria preciso rever e/ou reinterpretar a Súmula.

No caso da terceirização lícita, parece interessante tornar solidária a responsabilidade.

É verdade que, pela lei civil, a solidariedade não se presume; vem da lei ou do contrato. Mas se esse argumento bastasse, não valeria também para a subsidiariedade? Em ambos os casos, quem paga a conta é um terceiro – e essa é a razão daquela regra²². Na verdade, porém, a palavra “lei” deve ser entendida em sentido amplo, de “direito”.

Ora, o Direito Comparado é uma das fontes do nosso (art. 8º da CLT). E vários países, como França e Portugal, preveem a solidariedade. Aliás, a lei francesa de trabalho temporário – que nos serviu de modelo – estende-a para todos os casos de “inadimplemento” (*défaillance*). Mas o legislador brasileiro, como nota Catharino, parece ter-se enganado, traduzindo aquela palavra como “falência” (*faillite*)²³. Veio a Súmula nº 331 e optou por uma solução de meio termo, compondo o fato do *inadimplemento* com o efeito da *subsidiariedade* para as terceirizações em geral.

A nosso ver, a opção por uma responsabilidade solidária, e não apenas subsidiária, teria dois aspectos positivos. De um lado, inibiria a terceirização, ou pelo menos levaria a empresa-cliente a escolher com mais cuidado o fornecedor. De outro, como pondera Souto Maior, poderia simplificar e agilizar as execuções.

Na hipótese do servidor público, seria interessante rever o entendimento que vinha marcando as decisões da jurisprudência trabalhista, de modo a garantir-lhe – seja ou não terceirizado – todos os créditos que teria se a relação fosse regular²⁴. É que do contrário continuará havendo não apenas um incentivo à violação da lei, como a prática de enriquecimento sem causa, ainda que em parte.

22 A propósito, observa Jorge Luiz Souto Maior, valendo-se de Caio Mário, que “tem ganhado força entre os doutrinadores a noção que admite a presunção da solidariedade, para satisfação mais eficiente da obrigação, como se dá em outros países”; na Bélgica e na França, fala-se em “solidariedade jurisprudencial ou costumeira”. (“A terceirização sob uma perspectiva humanista”. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves. *Op. cit.* p. 63).

23 CATHARINO, J. Martins. Trabalho temporário. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1984. p. 142.

24 Só não haveria assinatura na CTPS. Caso o vínculo de emprego não tivesse sido rompido, a Justiça o romperia, em razão da nulidade, e então não caberia a indenização representada pelos 40% do FGTS. Caso o servidor tivesse sido despedido pela Administração, entendemos que teria direito às verbas rescisórias..

Alguns autores criticam a divisão entre atividades “meio” e “fim”. Bruno Alves Rodrigues, jovem magistrado mineiro, observa com inteligência que a própria CLT trata como bancário tanto o “caixa” como “o pessoal de portaria e limpeza” (art. 226). De resto, os que exercem atividade-meio – e por isso se tornam vítimas da terceirização – são exatamente os mais frágeis²⁵.

A distinção se inspira no mesmo critério da antiga Lei nº 5.645/70, que arrolava as atividades que poderiam ser terceirizadas no serviço público. Além disso, parece partir da ideia de que nas atividades-meio seria mais fácil deixar de haver “pessoalidade e subordinação direta”.

Ora, a pessoalidade é um dado muito relativo, quando se trata de grande empresa e trabalho desqualificado. A não ser em termos formais, muitas vezes será tão tênue no trabalho comum quanto naquelas formas de terceirização. Quanto à subordinação, se a entendermos de forma objetiva, como sugere a melhor doutrina, em poucos casos estará ausente, mesmo nas atividades-meio.

Assim, a nosso ver, o critério da Súmula poderia até permanecer – pois, seja como for, é sempre um limite –, mas desde que não implique uma leitura formalista do pressuposto da pessoalidade ou uma redução artificial no conceito de subordinação²⁶.

Por outro lado, é hora de se garantir expressamente a *todos* os terceirizados os mesmos salários (em sentido amplo) dos empregados comuns. Trata-se de simples questão de isonomia. Afinal, o que importa ao Direito do Trabalho é a realidade, e eles trabalham, efetivamente, *na mesma empresa*.

Aliás, se trocarmos a forma pelo fundo, notaremos que – em última análise – quem desembolsa o valor que vai custear os salários é o tomador, embora quem os pague seja o fornecedor, depois de descontada a sua parte. De resto, como indaga José Roberto Freire Pimenta, se até os temporários têm essa garantia, como negá-la aos permanentes?²⁷

25 RODRIGUES, Bruno Alves. “Princípio da igualdade e sua efetiva verificação diante do processo de terceirização”. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). *Op. cit.* p. 75..

26 É o que acontece com a parassubordinação, como já observávamos há dez anos (cf. “A proteção social do trabalhador num mundo globalizado”. In: Revista Anamatra, São Paulo, n. 37, p. 31-50, ago. 1999.) Ainda a propósito da subordinação, é interessante notar – no caso do trabalho temporário – que o empregado se subordina bem mais ao cliente que ao seu contratante. Ora, se a subordinação, como se costuma dizer é a “pedra de toque” da relação de emprego, poderíamos talvez concluir que esse trabalhador é mais empregado do tomador que do fornecedor. Mas acontece que, nesse contrato, aquela “pedra de toque” que define o empregador é antes o salário que o comando – o que acentua a coisificação do trabalho, aproximando-o ainda mais de uma mercadoria.

27 Ac. TRT da 3ª Região, 3ª T., RO nº 08157/94.

É verdade que, com frequência, será difícil encontrar identidade funcional, salvo no caso do temporário. Quando a empresa terceiriza uma atividade como a limpeza, por exemplo, quase sempre o faz por completo. Mas mesmo aqui é possível estender a regra de equiparação. Basta notar, de um lado, que a Lei nº 6.019 – aplicável analogicamente – refere-se a salário igual para os “da mesma categoria”, fórmula bem mais ampla; e, de outro lado, que a própria OIT, ao interpretar sua Convenção nº 100, permite a equiparação mesmo sem aquela identidade, desde que o trabalho tenha igual valor²⁸.

A propósito da isonomia na atividade pública terceirizada, o TST editou há pouco a OJ nº 383, da SDI-1, *verbis*:

“TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, A, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.74. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, a, da Lei nº 6.019, de 03.01.74.”

A questão do salário nos leva à negociação coletiva. Para que a regra do salário igual se realize plenamente, é preciso que um mesmo sindicato possa abranger trabalhadores comuns e terceirizados²⁹, o que, hoje em dia – a julgar pelo que vem acontecendo em outros setores³⁰ –, demandaria mais a boa vontade dos tribunais do que mudanças na lei ou na Constituição³¹.

28 Segundo a própria OIT, “(...) se exige que a mão de obra dos trabalhadores e trabalhadoras obtenha igual remuneração por ‘trabalhos de igual valor’ e não simplesmente pelo ‘mesmo’ trabalho ou um trabalho ‘similar’. A aplicação desse princípio supõe comparar os trabalhos entre si para determinar seu valor relativo.” (La hora de la igualdad en el trabajo: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, OIT, Ginebra, 2003, p. 133). No mesmo sentido, acórdão recente do TRT da 3ª Região, de lavra do magistrado e professor Luiz Otávio Linhares Renault, segundo o qual “(...) a isonomia salarial não se acomoda mais nas barreiras clássicas do art. 461 – equiparação e enquadramento – havendo situações em que se tem de adotar como fonte de direito o art. 460 da CLT, que preconiza o salário equitativo, isto é, o salário equânime e justo; o salário na sua verdadeira dimensão social é que deve ir ao encontro da valorização do trabalho humano, importante valor para a incorporação do empregado no estado democrático de direito. (...)” (ROs ns. 162, 391 e 993/06, TRT da 3ª Região, 4ª Turma)

29 Nesse sentido, DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, *passim*.

30 Já vivemos, em boa parte, o pluralismo sindical, como mostram as sucessivas fragmentações de categorias e a própria regulação das centrais.

31 No caso de terceirizados que saltam de uma tomadora a outra, talvez fosse interessante deixar também aberta a possibilidade de um sindicato próprio.

Todas essas questões paralelas, aparentemente secundárias, acabam interferindo nos limites impostos à terceirização. Como dizíamos, quanto mais gravosa ela for para as empresas, menor será, na prática, a sua incidência – e menos vulneráveis estarão os trabalhadores, assim como, em última análise, o próprio Direito do Trabalho, como um todo.

2 – EVOLUÇÃO JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

No Brasil, a terceirização no serviço público apenas recebeu regulamentação jurídica a partir do final da década de 1960, por meio do DL nº 200/67. Nesse período, “o trabalho terceirizado estava longe de alcançar a dimensão presente no final do século XX e início do XXI. Nem sequer no horizonte do mais visionário capitalista a amplitude da contratação terceirizada era imaginada”³².

A partir do primeiro marco legislativo sobre a contratação de serviços no âmbito da Administração Pública, foi autorizada a descentralização administrativa de tarefas auxiliares do Estado para a iniciativa privada, por meio do art. 10, § 7º, do DL nº 200/67, que prescreve:

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

(...)

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

A leitura isolada do dispositivo legal em destaque demonstra, por si só, sua fragilidade ao não estabelecer limites precisos quanto às atividades passíveis de contratação indireta (as denominadas “tarefas executivas”).

Em 1970, foi promulgada a Lei nº 5.645 para delimitar os parâmetros da contratação indireta no serviço público. Em seu art. 3º, parágrafo único, a Lei nº 5.645 discriminou os serviços passíveis de contratação pela via indireta e restritivamente às entidades com personalidade jurídica de Direito Público,

32 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 128.

nos seguintes termos: As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do DL nº 200 (...). (Lei nº 5.645/70, art. 3º, parágrafo único).

O rol das atividades executivas lançado na Lei nº 5.645/70 trata, inquestionavelmente, de atividades de apoio, instrumentais, meramente executórias, ou seja, atividades-meio no contexto dos serviços executados pelos entes estatais. Não houve autorização legal, portanto, para a terceirização de serviços nas atividades-fim da Administração Pública³³.

Enquanto a Administração Pública central incorporava gradualmente o processo de contratação indireta de atividades de apoio, no segmento privado da economia brasileira a terceirização de serviços ainda era uma incógnita.

Certos juristas, entre os quais se destaca Mauricio Godinho Delgado, consideram que alguns dos artigos da CLT de 1943 já atentavam para a complexa realidade das relações triangulares de trabalho, podendo ser considerados, em certa medida, precursores do futuro processo terceirizante no Brasil. Nessa direção, o autor ressalta a regulamentação da subempreitada no setor da construção civil, pelo art. 455 da CLT³⁴.

Contudo, a legislação referente à terceirização de serviços no segmento privado da economia somente começou a ganhar contornos mais definidos a partir do início da década de 1970, com o processo de implantação do modelo de produção toyotista no Brasil³⁵.

Assim, foi incorporada ao Direito do Trabalho brasileiro a Lei nº 6.019/74, que instituiu o trabalho temporário urbano como “aquele prestado por uma pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º).

A nova hipótese de contratação trabalhista regulamentada pela Lei nº 6.019/74 estabelece sistemática contratual absolutamente diversa do modelo bilateral clássico da relação de emprego, pois prevê, na relação justralhista, três sujeitos e dois contratos: o interempresário e o de trabalho. O primeiro, entre a empresa fornecedora e a cliente. O segundo, entre a fornecedora e o

33 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 419.

34 Idem. p. 417-418.

35 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 102.

trabalhador³⁶. Note-se que “(...) o regime legal de trabalho temporário acabou cimentando caminho para a naturalização da ideia da ‘prestação de serviços interempresariais’ na iniciativa privada, no embalo do movimento já iniciado na administração pública”³⁷.

Nos anos de 1980, as empresas passaram a adotar, com maior recorrência, práticas toyotistas de gestão em seus quadros administrativos, com destaque para o complexo automobilístico³⁸.

O processo de terceirização trabalhista foi especialmente impulsionado, neste mesmo período, com a edição da Lei nº 7.102/83, que autorizou a terceirização de serviços de vigilância patrimonial e de transporte de valores (art. 3º)³⁹.

Em 1986, o TST aprovou o Enunciado nº 256, por meio do qual restringiu as hipóteses de terceirização lícita para os casos de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e serviços de vigilância bancária (Lei nº 7.102/83). Não houve manifestação quanto à possibilidade de terceirização de serviços na Administração Pública.

Assim dispôs o Enunciado: “(...) Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

A década de 1990 adotou, em grande medida, o toyotismo enquanto prática de gestão empresarial, incorporando os programas de qualidade total e de terceirização trabalhista em praticamente todos os setores da economia privada⁴⁰. Também no setor público a terceirização de serviços expandiu-se sistematicamente.

Em 1993, o TST cancelou o Enunciado nº 256 e editou a Súmula de Jurisprudência nº 331, publicada no DOU, em 21 de dezembro de 1993. A Súmula nº 331 respondeu às necessidades de revisão, alteração e ampliação do Enunciado nº 256, seu antecedente. Assim dispôs a nova súmula:

“I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).

36 VIANA, Márcio Túlio. Velhos e novos enfoques sobre o trabalho temporário. *Revista Tribunal Regional do Trabalho*. Belo Horizonte, n. 57, jul./dez. 1997, p. 152.

37 AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009. p. 110.

38 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. *Op. cit.* p. 103.

39 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. *Op. cit.* p. 419.

40 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. *Op. cit.* p. 104.

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

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93).”

As hipóteses de terceirização lícita discriminadas na Súmula nº 331 do TST demarcam os limites traçados pelo Direito do Trabalho com respeito à validade da terceirização de serviços no Brasil. Isso significa que os vínculos de terceirização estabelecidos fora do parâmetro sumulado são considerados inválidos. A Súmula nº 331 estabelece, de forma sintética, a terceirização lícita composta por quatro grandes grupos, sendo o primeiro deles a única hipótese de terceirização temporária permitida por lei. São eles: Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74; Súmula nº 331, I, TST); Serviços de vigilância (Lei nº 7.102/70; Súmula nº 331, III, *ab initio*, TST); Serviços de conservação e limpeza (Súmula nº 331, I, TST) e Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (Súmula nº 331, I, TST)⁴¹.

Em todas as três situações de terceirização permanente discriminadas na Súmula nº 331 do TST, deve-se observar a inexistência de pessoalidade e de subordinação direta do trabalhador terceirizado para com o tomador de serviços. A não observância de tais exigências implica a configuração da ilicitude da prática terceirizante, com a consequente fixação de vínculo empregatício com o tomador de serviços⁴².

Tal exigência vincula apenas as hipóteses de terceirização permanente, não sendo pressuposto de licitude para a terceirização temporária (contraponto do texto do inciso I com o do inciso III da referida súmula). Isto quer dizer que, no trabalho temporário, o trabalhador poderá exercer seu ofício com pessoali-

41 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. *Op. cit.* p. 143.

42 VIANA, Márcio Túlio. Alguns pontos polêmicos da terceirização. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, n. 8, Caderno 2, 2ª quin. abr./1997. p. 153.

dade e subordinação em relação ao tomador de serviços, sem que se desnature o vínculo empregatício com a empresa prestadora de serviços⁴³.

Na realidade, a referida permissão torna o empregado temporário duplamente subordinado, devido ao comando simultâneo que recebe tanto de seu empregador formal quanto da empresa tomadora de serviços⁴⁴.

A Súmula nº 331 do TST também exerceu grande impacto no âmbito da Administração Pública brasileira ao estabelecer diretrizes para a terceirização no serviço público. De um lado, ela igualou “(...) a disciplina das empresas estatais à das entidades da administração pública central, admitindo como lícitas as contratações de serviços de limpeza e outras atividades de apoio (manutenção, portaria, telefonia etc.)”⁴⁵. Além disso, afastou a exigência de realização de concurso público para as respectivas funções de apoio. Por fim, reconheceu explicitamente que a ilicitude da terceirização no serviço público não enseja o reconhecimento de vínculo de emprego, em razão da previsão constitucional de prévio concurso público⁴⁶.

Em 1994, por força da Lei nº 8.863, foi ampliada a hipótese de terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores para além do segmento bancário, autorizando as empresas privadas especializadas a exercerem “(...) atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residenciais; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas” (art. 10, § 2º, Lei nº 7.102/83, modificada pela Lei nº 8.863/94).

Em 1997, foi editado o Decreto nº 2.271/97, em substituição à revogada Lei nº 5.645/70, para regulamentar o disposto no § 7º do art. 10 do DL nº 200/67⁴⁷.

Em seu art. 1º, *caput* e parágrafo primeiro, o Decreto nº 2.271/97 dispôs sobre a possibilidade de execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares no âmbito da Administração Pública central. Na direção oposta, em seu parágrafo segundo, excluiu a possibilidade de execução indireta para as atividades próprias das categorias funcionais abrangidas

43 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. *Op. cit.* p. 144.

44 VIANA, Márcio Túlio. *Alguns pontos polêmicos da terceirização*. *Op. cit.* p. 154.

45 AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. *Op. cit.* p. 123.

46 *Idem*. *Ibidem*.

47 *Idem*. p. 124.

pelos planos de cargos de órgãos ou entidades da Administração Pública. Dessa forma, dispôs:

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos de órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”

O Decreto nº 2.271/97 avançou, ainda, ao diferenciar a terceirização de serviços da intermediação de mão de obra, ao prescrever em seu art. 4º:

“Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais permitam:

(...)

II – Caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra.

(...)

IV – Subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.”

A jurisprudência do TCU, por meio da Decisão nº 25/00, proibiu a terceirização de serviços na Administração Pública em relação às “categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade”.

A exegese da Súmula nº 331, IV, do TST ainda era omissa quanto à responsabilidade da Administração Pública na terceirização trabalhista. Assim, em 11.09.00, o inciso IV foi alterado pela Resolução nº 96 do TST, passando a ser redigido da seguinte forma:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam

participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”. (art. 71 da Lei nº 8.666/93). (Alterado pela Resolução nº 96, de 11.09.00, DJ 19.09.00)

O inciso IV da Súmula nº 331 do TST trata do tema da responsabilidade em sede de terceirização trabalhista. Especialmente no que concerne à responsabilidade da Administração Pública, é necessário interpretar o tema à luz da CF/88. O estudo do Direito do Trabalho e, mais especificamente, da terceirização pelo viés constitucional torna-se imprescindível na medida em que a CF/88 estabelece, em seu art. 37, II, § 2º, a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como pressuposto de validade para o ingresso em emprego público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração⁴⁸.

Estabeleceu-se, assim, mecanismo vedatório do reconhecimento de vínculo de emprego com a Administração Pública, ainda que lícita a terceirização. O que significa, portanto, que a CF/88 pretendeu reforçar a necessidade de observância do princípio da supremacia do interesse público e bem-estar coletivo sobre o interesse particular⁴⁹.

Tal orientação é inclusive reforçada pelo inciso II da Súmula nº 331 do TST ao estabelecer que “(...) a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República)”.

Sobre os efeitos da terceirização ilícita praticada por entidades da Administração Pública, três correntes interpretativas se apresentam, conforme elucidada Mauricio Godinho Delgado⁵⁰.

A primeira delas considera que a terceirização ilícita, além de não gerar vínculo empregatício entre o prestador de serviços e a Administração Pública, também não produz qualquer crédito trabalhista em favor do trabalhador ilicitamente terceirizado.

A segunda vertente sustenta a validade do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e o ente estatal tomador de serviços, “(...) que assume, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada”⁵¹.

48 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. *Op. cit.* p. 153.

49 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001. p. 69.

50 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. *Op. cit.* p. 430-432.

51 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. *Op. cit.* p. 430.

Já a terceira corrente assegura ao trabalhador terceirizado “todas as verbas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador de serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas – sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional”⁵².

Nesse caso, respeita-se a vedação constitucional, ficando impossibilitado o trabalhador terceirizado de ter sua CTPS assinada pela Administração Pública, que assim exercerá, apenas, o papel de responsável subsidiária, caso ocorra o inadimplemento das obrigações contratuais pelo empregador formal, a empresa prestadora de serviços.

Parece-nos que a terceira corrente é a que melhor conduz o debate sobre os efeitos da terceirização trabalhista no serviço público, pois está direcionada pelo necessário “reconhecimento da CF/88 enquanto base de unidade e expressão de diversidade das relações de trabalho no Brasil”⁵³.

Entretanto, cabe enfatizar que a jurisprudência se pacificou na direção de negar, taxativamente, a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego com a entidade estatal, mantendo-se, desse modo, o vínculo com a empresa prestadora de serviços. Porém, por equidade, efetiva-se o denominado *salário equitativo*, garantindo-se ao trabalhador irregularmente terceirizado as verbas próprias compatíveis que caracterizam o servidor que realize função assemelhada. Esta linha hermenêutica foi finalmente incorporada pela OJ nº 383 da SDI-1, do TST.

2.1 – A responsabilidade do Estado pelo inadimplemento das obrigações da empresa interposta

Questão polêmica diz respeito à previsão de responsabilidade do Estado quando a empresa prestadora de serviços, em sede de terceirização trabalhista, é inadimplente em relação às suas obrigações contratuais⁵⁴.

52 Idem. p. 432.

53 DELGADO, Gabriela Neves. Prefácio do livro de Marcella Pagani. *Direito do Trabalho: uma possibilidade efetiva e concreta para todos os trabalhadores*. Belo Horizonte: BookJVRIS, 2011. p. 7.

54 Sobre o tema, consultar: ROSIGNOLI, Juliana; ARAÚJO, Michele Martinez Carneiro. “Terceirização e Administração Pública”. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 268-270.

A primeira corrente que se debruça sobre o tema defende a tese da responsabilidade subsidiária do Estado quanto ao pagamento das verbas trabalhistas dos contratados, no caso de inadimplência da empresa prestadora de serviços. Esse, inclusive, é o entendimento da Súmula nº 331, IV, do TST.

A segunda corrente defende a tese de litisconsórcio necessário entre o Estado e a empresa contratada, sendo a responsabilidade do Estado extracontratual e a da empresa contratual.

A terceira corrente nega qualquer responsabilidade ao Estado, com fundamento no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, que prescreve: “A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo (comerciais, trabalhistas e fiscais), não transfere à Administração Pública a responsabilidade de pagamento”.

Para os adeptos dessa terceira corrente, o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 isenta a Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, de qualquer responsabilidade trabalhista, em razão da inadimplência do contratado, sob o fundamento de que ela observou as regras da licitação, o que impossibilita que seja posteriormente penalizada por culpa alheia.

Registre-se, contudo, que a orientação fundada na ausência de responsabilidade da Administração Pública, nos termos do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, entraria em conflito com o art. 37, II e § 6º, da CF/88. Não obstante, deve-se já adiantar que o STF, julgando a ADC nº 16, em sessão de 24.11.10, considerou inaceitável essa objeção, por entender que o § 6º do art. 37 não se aplica às terceirizações estatais.

No julgado, como se verá adiante, o STF considerou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93, afirmando que a simples inadimplência da prestadora de serviços terceirizados não transfere, de modo automático, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas para a entidade pública.

3 – A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC Nº 16

No julgamento da ADC nº 16 ajuizada pelo governo do Distrito Federal, o STF pronunciou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, vedando à Justiça do Trabalho a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma automática, pelo só fato do inadimplemento dos direitos trabalhistas, tal como se extraía da literalidade do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, acima transcrito.

Nesse julgamento, vencido o Ministro Ayres Britto que considera o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações inconstitucional em relação à terceirização de

serviços, o pronunciamento de constitucionalidade do dispositivo foi tomado do voto da maioria, sob duas noções claramente retratadas nas falas do Ministro Cezar Peluso, relator da ADC⁵⁵.

Primeiro, entendeu-se que o verbete do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, ao atribuir responsabilidade subsidiária ao ente público tomador dos serviços *pele só fato do inadimplemento destes direitos*, rejeita aplicação e efetividade ao disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sem declarar sua inconstitucionalidade, o que violaria de forma transversa a reserva de plenário prevista no art. 97 da CF, afrontando a Súmula nº 10 do STF⁵⁶.

No segundo momento, apreciando a constitucionalidade do dispositivo, os Ministros concluíram que a norma do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não fere a Constituição e deve ser observada pela Justiça do Trabalho, o que impede a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma automática, *pele só constatação de inadimplemento dos direitos laborais pela empresa contratada*.

No mesmo passo, concluíram que a constitucionalidade do enunciado legal não afasta, no entanto, a possibilidade de sua interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais que impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, inclusive quanto ao adimplemento de direitos trabalhistas, de forma que, constatada no caso concreto a violação desse dever fiscalizatório, continua plenamente possível a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Em suas manifestações, no curso do julgamento, o Ministro Relator Cezar Peluso, refutando os viéses interpretativos que pretendiam vedar de forma absoluta qualquer atribuição de responsabilidade ao Poder Público, tal como a interpretação literal proposta pela Ministra Cármen Lúcia⁵⁷, tratou de

55 Conforme dados extraídos do vídeo da sessão plenária do STF, dia 24.11.10, 2º bloco, ADC nº 16. Disponível em: <<http://videos.tvjustica.jus.br/>>. Acesso em: 13 dez. 2010. Até o fechamento do presente artigo, os votos dos Ministros do STF relativos ao julgamento da ADC nº 16 ainda não haviam sido publicados.

56 STF, Súmula nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte”.

57 A Ministra Cármen Lúcia defendeu a ausência absoluta de responsabilidade do Poder Público pelo inadimplemento de direitos dos trabalhadores terceirizados, em qualquer hipótese, por interpretação literal e isolada do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, como se infere da seguinte manifestação: “Presidente, eu acho que aqui há um dado. A norma, como eu acabei de ler, é taxativa, no contrato administrativo não se transferem ônus à administração que são entregues ao contratado. Se a justiça do trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei, não há alternativa”. Conforme dados extraídos do vídeo da sessão plenária do STF, 24.11.10, 2º bloco, ADC nº 16, disponível em: <<http://videos.tvjustica.jus.br/>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

balizar o limite dessa declaração de constitucionalidade numa clara hermenêutica de ponderação, que privilegia a noção expressa no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações, para impedir a imputação ao Poder Público de responsabilidade automática pelo cumprimento das obrigações trabalhistas inadimplidas – eis que esta responsabilidade trabalhista é exclusiva da empresa contratada, empregadora –, mas, por outro lado, reconhecendo que a isenção de responsabilidade proposta pela norma está condicionada por outras normas que impõem à Administração Pública o dever de bem licitar e de fiscalizar de forma eficiente o contrato administrativo, inclusive quanto ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

Neste sentido, o seguinte pronunciamento do Ministro Relator: “Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o tribunal não pode neste julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração”⁵⁸.

Ressaltando o acerto do TST ao imputar responsabilidade subsidiária ao ente da Administração Pública contratante, *quando configurada culpa da Administração*, o Ministro Peluso adiante explica:

“(...) Eu só quero dizer o que eu estou entendendo da postura da justiça do trabalho. Ela tem dito o seguinte: realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. Mas isso não significa que eventual omissão da administração pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade à administração. É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais. Então, em outras palavras (...), *nós não temos discordância sobre a 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 (...)*”⁵⁹ (grifo nosso).

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, que seguiu o entendimento do Relator: “Eu tenho acompanhado esse posicionamento do

58 Passagem transcrita do vídeo da sessão plenária do STF, dia 24.11.10, 2º bloco, disponível em: <<http://videos.tvjustica.jus.br/>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

59 Idem, *ibidem*.

Ministro Cezar Peluso no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque realmente ela é decidida sempre no caso concreto, se há culpa ou não. Nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade (...), que são empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais que participam de licitações milionárias e essas firmas depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático e ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre no caso? Há claramente, *está claramente configurada a culpa in vigilando e in eligendo da administração, e aí, segundo o TST, incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666*⁶⁰ (grifo nosso).

Até nas fileiras mais resistentes à aplicação da responsabilidade subsidiária ao Poder Público colheu-se a preocupação com as consequências desastrosas que poderiam advir do julgamento, caso afastada a responsabilidade do Poder Público pela fiscalização dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tal como se infere da seguinte fala do Ministro Gilmar Mendes: “Bem verdade que os conflitos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do estado, os responsáveis pelas contas dos municípios, que haja realmente fiscalização, porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que presta o serviço. A empresa recebeu, certamente recebeu da administração, mas não cumpriu os deveres elementares, então essa decisão continua posta. Foi o que o TST de alguma forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, mas que haja essa culpa *in vigilando* é fundamental (...). Nós tivemos até esse caso aqui mesmo na administração do tribunal, né? (...). *Talvez aqui reclame-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, que inicialmente são os órgãos contratantes, e depois os órgãos fiscalizadores, de modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento, pelo menos das verbas elementares, o pagamento de salário, o recolhimento da previdência social e do FGTS*⁶¹ (grifo nosso).

Em meio às discussões, a Ministra Cármen Lúcia questionou a legalidade da aplicação de responsabilidade à Administração Pública, à vista da literalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitação, tendo em conta que, segundo argumentou, a Administração somente pode efetuar o pagamento de faturas às empresas contratadas quando comprovado o pagamento prévio de direitos trabalhistas e verbas previdenciárias. Diante do argumento, o Ministro Cezar Peluso reafirmou sua convicção sobre a possibilidade de aplicação desta res-

60 Idem, *ibidem*.

61 Idem, *ibidem*.

ponsabilidade à luz de uma interpretação sistemática daquele dispositivo com outros dispositivos legais e constitucionais. Disse o Ministro Relator: “V. exa. está acabando de demonstrar que a administração pública é obrigada a tomar uma atitude que, quando não toma, constitui inadimplemento dela. É isso que gera a responsabilidade que vem sendo reconhecida pela justiça do trabalho, não é a constitucionalidade da norma. *A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei*”⁶² (grifo nosso).

Nesse marco hermenêutico, a maioria dos Ministros envolvidos no julgamento admitiu a possibilidade de compatibilização do § 1º declarado constitucional com outros dispositivos legais e constitucionais, especialmente aqueles que imputam responsabilidade fiscalizatória do contrato ao ente público tomador dos serviços, admitindo que desse cotejo se extraia o reconhecimento de culpa e consequente responsabilização da Administração.

3.1 – O dever da administração, de fiscalizar de forma eficaz o contrato de prestação de serviços quanto ao cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados

Ultrapassadas as polêmicas iniciais, a interpretação vencedora no julgamento da ADC, retratada nas manifestações do Ministro Relator, tem seu sentido alicerçado no princípio de justiça fundante do Estado Democrático de Direito (CR, art. 1º), que pressupõe a justa distribuição de direitos e prerrogativas na exata proporção dos deveres e atribuições imputados ao sujeito, inclusive ao Estado, noção que decorre do princípio hermenêutico da proporcionalidade, à luz do qual, quanto maiores as prerrogativas, maiores são as correlatas responsabilidades.

A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, *caput*), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de *direitos fundamentais* (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.

Dáí porque a fiscalização do fiel cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados constitui elemento intrínseco à fiscalização do contrato

62 Idem, *ibidem*.

de prestação de serviços, tal como decorre expressamente de dispositivos da Lei de Licitações e das normas que a regulamentam no nível federal, em observância aos preceitos constitucionais que consagram *a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamento da República (CF, art. 1º, III e IV), que instituem como objetivo da República *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), que fundamentalizam os direitos essenciais dos trabalhadores (art. 7º), que fundam a ordem econômica na *valorização do trabalho humano* (art. 170) e que alicerçam a ordem social no *primado do trabalho* (art. 193).

No plano infraconstitucional, o dever da Administração Pública de fiscalizar o cumprimento de direitos dos trabalhadores terceirizados decorre primeiramente de dispositivos da Lei de Licitações, mas o padrão fiscalizatório, que diz respeito à extensão e profundidade deste dever de fiscalizar, encontra-se emoldurado na integração deste diploma legal com preceitos da *Instrução Normativa (IN) nº 02/08, alterados pela Instrução Normativa nº 03/09, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG)*, que regulamentam a matéria no âmbito da Administração Pública Federal.

Enquanto a Lei de Licitações traça regras gerais sobre o dever de fiscalização contratual, a IN nº 02/08 do MPOG interpreta e especifica estas regras, instituindo um padrão fiscalizatório comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados, como será adiante demonstrado, levando em consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administrados e perante os terceiros interessados, tais como os trabalhadores terceirizados.

Isto porque a procedimentalização da fiscalização no âmbito dos contratos de terceirização não constitui matéria própria para disciplina legislativa, sendo tema reservado às normas regulamentadoras.

Este padrão fiscalizatório federal vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos, por força do *princípio da predominância do interesse*, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos⁶³, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação com respeito às diretrizes nacionais.

63 Nesse sentido o art. 22, XXVII, da Constituição, segundo o qual “compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Nessa linha de princípio federativo, embora as regras de fiscalização previstas na IN nº 02/08 do MPOG tenham incidência estrita à órbita da Administração Pública Federal, suas diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização em matéria trabalhista acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa (Constituição, art. 37).

3.2 – O padrão de fiscalização dos direitos dos trabalhadores terceirizados

O arcabouço jurídico que rege a fiscalização contratual impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar o cumprimento de direitos trabalhistas pelas empresas contratadas, desde a seleção da empresa no procedimento de licitação, passando pela previsão das responsabilidades trabalhistas da empresa na formalização do contrato e pela vigilância diária do cumprimento daqueles direitos no curso da execução contratual, até atingir os momentos finais do contrato, quando incumbe à Administração adotar medidas voltadas a preservar o pagamento de direitos rescisórios dos trabalhadores envolvidos no contrato, ou assegurar-se de que tais trabalhadores venham a ser alocados em outros contratos firmados pela empresa contratada.

Nos termos do art. 19 da IN nº 02/08 do MPOG, para a contratação de serviços contínuos com exclusividade de mão de obra os cuidados já devem se iniciar no *edital de licitação*, que deve:

a) indicar o modelo de *Planilha de Custos e Formação de Preços* a ser preenchido pelas empresas proponentes com as informações necessárias à composição do preço do contrato, indicando a quantidade de empregados necessários à execução do contrato e todos os dados complementares para o cálculo do custo desta mão de obra, com valores unitários por empregado relativos a salário, gratificação natalina, férias, adicionais, transporte, alimentação, uniformes, assistência médica, treinamentos e todos os demais direitos previstos em acordos e convenções coletivas, conforme modelo previsto no Anexo III da referida Instrução (inciso III);

b) conter a indicação, quando da apresentação da proposta, dos acordos ou convenções coletivas que regem as categorias profissionais vinculadas à execução do serviço (inciso IX);

c) *prever que a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão*

de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra (inciso XVIII); e

d) conter a garantia, com validade de 3 (três) meses após o término da vigência contratual, com a previsão expressa de que esta garantia somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas diretamente pela Administração, conforme estabelecido no art. 19-A, IV, desta IN (XIX).

O art. 19-A da referida IN nº 02/08, com texto inserido pela IN nº 03/09, permite mediante previsão editalícia e contratual, que a Administração Pública receba autorização prévia da empresa contratada para promover ordinariamente o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato, para o pagamento direto de remuneração de férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados da empresa terceirizada⁶⁴, assim como para efetuar descontos nas faturas e realizar o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a ser inadimplidos pela empresa contratada.

Ademais, na fase licitatória da *habilitação* incumbe ao ente público exigir das empresas licitantes a comprovação de sua regularidade para com os encargos sociais, inclusive trabalhistas, devendo a empresa fazer *prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei* (Lei nº 8.666/93, art. 29).

Posteriormente, no momento do *juízo das propostas*, a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexecuibilidade. Diz o art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, que “não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários (...) incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos (...)”.

Regulamentando este dispositivo, o § 3º do art. 29 da IN nº 02/08 dispõe que, percebendo indício de inexecuibilidade da proposta de preço, a Administração Pública adotará diversas providências voltadas a aferir a observância

64 A Resolução nº 98/09 do Conselho Nacional de Justiça traz previsão idêntica, determinando que as provisões de encargos trabalhistas relativas a férias, 13º salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, a serem pagas pelos Tribunais e Conselhos às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, sejam glosadas do valor mensal do contrato e depositadas exclusivamente em banco público oficial, para liberação direta aos trabalhadores no momento oportuno.

dos direitos e insumos que devem compor o preço do serviço, dentre as quais a verificação dos acordos e convenções coletivas aplicáveis aos trabalhadores da terceirizada, a consulta ao Ministério do Trabalho e Emprego, assim como a verificação de outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada, para aferir o patamar de suas obrigações trabalhistas.

Após estas cautelas, classificada a proposta vencedora, *o contrato administrativo* será automaticamente vinculado a todas as condições de habilitação previstas no edital, assim como a todas as condições contidas na proposta vencedora, especialmente os direitos trabalhistas que compõem o preço do serviço. Por conseguinte, incumbe ao ente público contratante especificar no contrato de prestação de serviços as responsabilidades da empresa contratada em satisfazer os direitos dos seus empregados, nos patamares previstos na planilha de custos, cabendo-lhe, por consequência, fiscalizar o cumprimento integral destas obrigações⁶⁵.

Em face desta vinculação, exsurge que a *execução contratual*, no modelo da Lei nº 8.666/93, *vai além do cumprimento do seu estrito objeto*, para abranger todos os aspectos que constituam premissa à satisfação deste objeto contratual, tal como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada (cujos custos integram o preço do serviço), sob pena de violação direta da proposta vencedora, das condições de habilitação e, portanto, do próprio contrato administrativo.

Consideradas estas premissas, o art. 67 da Lei nº 8.666/93 determina que a Administração Pública fiscalize a execução do contrato por meio de um representante especialmente designado, *que anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados*.

Regulamentando este dispositivo da Lei de Licitações, os arts. 34 e 36 da IN nº 02/08 deixam evidente a *ampla noção compreensiva da execução contratual* a ser fiscalizada, ao determinar que na fiscalização *do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada* sejam exigidas comprovações: de regularidade para com o INSS e FGTS; de pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; de fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação quando cabível; de pagamento do 13º salário; de concessão de férias e correspondente pagamento de adicional; de realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; de fornecimento de cursos de treinamento e

65 Neste sentido, os arts. 54, § 1º, 55, XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93.

reciclagem exigidos por lei; do cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de cumprimento, enfim, de todas as demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato (art. 34).

Para tanto, o art. 36 da IN exige que a Administração, no ato de pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores. Isto, sem prejuízo da penalidade administrativa decorrente da inexecução contratual, nos termos do art. 77 da Lei de Licitações, segundo o qual *a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento*.

O art. 78 deste diploma, por sua vez, prevê como motivo para a rescisão contratual o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, o que se enquadra perfeitamente à hipótese de inadimplemento trabalhista.

Da leitura integrada destes dispositivos decorre como **dever da Administração** que o seu representante – o gestor do contrato –, no ato de fiscalização, determine a regularização imediata das irregularidades trabalhistas, sob pena de rescisão contratual.

A ausência desta notificação constitui inquestionável violação, pela Administração, do seu dever de fiscalizar.

Espancando qualquer dúvida sobre os limites desta fiscalização, o parágrafo único do art. 31 da IN nº 02/08 dispõe que, além das outras disposições previstas no capítulo, “a fiscalização contratual dos serviços continuados deverá seguir o disposto no anexo IV desta IN”. E por meio deste anexo o diploma legal institui um denominado *Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização* que esquematiza a fiscalização de direitos trabalhistas em quatro momentos distintos, a saber:

a) a *fiscalização inicial (no momento em que a terceirização é iniciada)*: que compreende a elaboração de uma planilha resumo de todo o contrato com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços no órgão, divididos por contrato, com nome completo, função e direitos devidos; conferência de todas as anotações nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados; verificação de que o salário pago não seja inferior ao

previsto no contrato administrativo e na Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria; consulta sobre eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas; verificação da existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados e ao fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) etc.;

b) a *fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura)*: que compreende a elaboração de uma planilha mensal com informações sobre o nome completo do empregado, função exercida, dias efetivamente trabalhados, horas extras trabalhadas, férias, licenças, faltas, ocorrências; verificação do número de dias e horas trabalhados efetivamente; exigência de que a empresa apresente cópias das folhas de ponto dos empregados por ponto eletrônico ou meio que não seja padronizado (Súmula nº 338/TST), de forma que, em caso de faltas ou horas trabalhadas a menor, deve ser feita glosa da fatura; exigência de comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e auxílio-alimentação dos empregados; realização da retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores da contratada, caso exista autorização da empresa contratada, conforme definido no instrumento convocatório, ou exigência de comprovação de recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais etc.;

c) a *fiscalização diária*: que consiste na conferência diária de quais empregados terceirizados estão prestando serviços e em quais funções, acompanhando com a planilha mensal; verificação de que os empregados estejam cumprindo à risca a jornada de trabalho, instaurando-se uma rotina para autorizar pedidos de realização de horas extras por terceirizados etc.; e

d) a *fiscalização especial*: que compreende a análise da data-base da categoria prevista na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT); verificação dos reajustes dos empregados no dia e percentual previstos (verificar a necessidade de proceder ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de reajuste salarial); controle de férias e licenças dos empregados na planilha resumo; verificação das estabilidades provisórias dos empregados (cipeiro, gestante, estabilidade acidentária) etc.

Este é o modelo de fiscalização que incumbe à Administração, na figura do gestor de contratos. Constatado o descumprimento de direitos trabalhistas pela empresa contratada e não ocorrendo a regularização imediata no prazo oferecido pela Administração, a IN nº 02/08, regulamentando os arts. 78 e 79 da Lei nº 8.666/93, impõe a obrigatoriedade da rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços por iniciativa da Administração Pública, como preveem os arts. 34, § 4º, e 34-A da norma regulamentadora. Diz este último:

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

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

Contrário senso, identificada a má-fé ou a incapacidade da empresa em corrigir o inadimplemento trabalhista, há que se lhe aplicar de imediato a rescisão contratual, sem prejuízo da proibição de licitar com a Administração Pública na forma do art. 87, III, da Lei de Licitações.

E estando assim evidentes os extensos limites do dever constitucional e legal da Administração de fiscalizar o cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, disso decorre naturalmente que a inobservância deste dever de fiscalização implica a responsabilidade da Administração pelo inadimplemento dos direitos que deveriam ser fiscalizados.

Esta responsabilidade não se esgota com a demonstração de uma simples verificação superficial da formalização dos vínculos de emprego, pois o padrão fiscalizatório acima retratado exige o envolvimento direto e diário da Administração com a rotina das práticas trabalhistas da empresa contratada.

A Administração só se desincumbe deste seu dever quando demonstra a promoção eficaz de todos os procedimentos legais de controle, além daqueles que, embora não previstos expressamente na lei, sejam indispensáveis à eficiência da fiscalização na obtenção dos seus resultados, em respeito ao princípio da *eficiência administrativa* que rege a Administração Pública (Constituição, art. 37).

A leitura teleológica das normas em apreço sinaliza para a busca de um resultado fiscalizatório concreto, consistente num controle capaz de impor à empresa contratada o cumprimento dos direitos laborais dos seus empregados, levando-a a adimplir todos os encargos sociais e trabalhistas decorrentes do contrato administrativo, com vistas, inclusive, a atrair de forma plena e iniludível o disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Lado outro, a ausência de fiscalização ou a fiscalização insuficiente, descomprometida com a efetividade dos direitos fiscalizados, implica inadimplência do ente público contratante para com o seu dever de tutela, dever decorrente da sua própria condição de Administração Pública.

Neste caso, estabelecido o nexo causal entre a inadimplência da Administração pública em fiscalizar eficientemente e a inadimplência trabalhista da empresa contratada, resulta naturalmente configurada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração, com sua consequente responsabilidade subsidiária pelos encargos sociais inadimplidos.

Como bem ressaltou o Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADC: “(...) A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei”⁶⁶.

Assim, resta conclusivo que embora o STF não tenha enfrentado a questão da responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores terceirizados sob o enfoque dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como se é de esperar de uma Corte Constitucional incumbida de zelar pela efetividade da Constituição, ainda assim, em seu ligeiro contato com a matéria, esta Corte preservou as condições necessárias para que a Justiça do Trabalho continue interpretando as normas jurídicas em apreço com respeito à justa proporção entre o imperativo de proteção do patrimônio público e o dever estatal de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados.

66 Passagem transcrita do vídeo da sessão plenária do STF, dia 24.11.10, segundo bloco, acima referido, disponível em: <<http://videos.tvjustica.jus.br/>>. Acesso em: 13 dez. 2010.