

**DESVALORIZAÇÃO DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

DEVALUATION OF THE OUTSOURCED WORKER

BY THE PUBLIC ADMINISTRATION

Aílsi Costa de Oliveira*

Maria dos Remédios Fontes Silva*

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a terceirização na Administração Pública, proveniente da contratação de empresas terceirizantes destinadas a apoiar a execução de serviços públicos, resulta num mecanismo de precarização e desvalorização do trabalhador terceirizado. Com o julgamento da constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei nº 8666/93, percebe-se que a dificuldade no acionamento subsidiário da Administração Pública em face do inadimplemento das obrigações laborais se amplia. Destarte, as aventuras de empresas sem lastro financeiro para adimplir suas obrigações laborais, assim como a própria Administração Pública quando incorre em culpa *in eligendo* e *in vigilando*, podem resultar em prejuízo ao trabalhador cuja hipossuficiência é bastante clara nesta relação trilateral. Traça-se também uma análise acerca das diferenças jurídicas entre terceirizados e diretamente contratados. Nesse ponto, as diferenças protetivas entre estatutários e celetistas que trabalham em um mesmo ambiente laboral, resulta numa desigualação de perspectivas, fato que se comprova por meio dos diferentes critérios de estabilidade. Outro ponto crucial, reside na baixa representatividade dos trabalhadores terceirizados quando comparados aos diretamente contratados, fato que minimiza o poder de barganha e mantém o *status* de precarização daqueles que sobrevivem do trabalho terceirizado.

PALAVRAS-CHAVES: Administração Pública; Terceirização; Responsabilidade subsidiária.

ABSTRACT

The goal of this work is to show that the outsourcing in the Public Administration, which is the result of the outsourcing companies being hired to support the execution of public services, implies a mechanism of precarization and devaluation of the outsourced worker.

* Advogado, Especialista em Direito Constitucional e Mestre em Direito pela UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

* Doutora em Direitos Humanos pela Université Catholique de LYON – França – França. Pós-Doutorado pela Université Lumière LYON II – France. Professora Associada IV do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Through the judgement of constitutionality of the art. 71, § 1º of the Law nº 8666/93, it is noticed that the difficulty in calling the subsidiary of the Public Administration for a legal process due to the lack of payment for the labor rights becomes higher. Consequently, the adventures of companies without financial conditions to accomplish what must be paid as well as the Public Administration when they are under guilt “*in eligendo*” and “*in vigilando*” may result damage for the worker whose hyposufficiency is very clear in this three-side relation. Also, it is made an analysis about the judicial differences between the outsourced workers and the ones directly hired. On this issue, the protective differences between state workers and private ones who work in the same environment result in inequality of perspectives – a fact that is evident, for example, in the criteria of stability. Another crucial aspect lies in the low representativity of the outsourced workers when compared to the ones directly hired – fact that lessens the power of bargain and keeps the status of precarization of those who depend on the outsourced work.

KEYWORDS: Public Administration; Outsourcing; Subsidiary responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O foco deste artigo está em analisar alguns aspectos potencialmente precarizadores do trabalho terceirizado pela Administração Pública. Nesse sentido, destaca-se a dificuldade cada vez maior de se acionar subsidiariamente a Administração Pública em face do inadimplemento das obrigações laborais, a desigualdade verificada no ambiente de trabalho entre terceirizados e diretamente contratados, bem como a pulverização dos terceirizados em sindicatos de interesses diversos, resultando numa representatividade ineficiente.

Destarte, quando a Administração Pública resolve contratar empresas terceirizadas visando à concretização de seus objetivos, deve também ter a responsabilidade de fiscalizar adequadamente o contratado.

Esses procedimentos fiscalizatórios não se resumem a constatar apenas o andamento das obras ou serviços contratados, liberando o pagamento de faturas apenas pela verificação do cumprimento destes critérios.

Além de fiscalizar a qualidade e o andamento dos serviços, também é dever da Administração Pública verificar se os direitos sociotrabalhistas dos trabalhadores das empresas terceirizadas contratadas estão sendo corretamente adimplidos.

Desse modo, caso a Administração Pública escolha empresas com um histórico inidôneo ou sem lastro financeiro capaz de executar as obrigações contratuais para terceirizar

suas atividades, estará incorrendo em culpa *in eligendo*. No caso da Administração não monitorar adequadamente o adimplemento das obrigações trabalhistas, por parte de empresa contratada, incidirá em culpa *in vigilando*.

Ocorrendo inadimplemento das obrigações laborais por parte da empresa terceirizada, caberia a Administração Pública responder subsidiariamente por estes créditos. Ocorre que o art. 71, § 1º da Lei nº 8666/93 foi alvo de uma Ação Direita de Constitucionalidade cujo resultado foi favorável à constitucionalidade do referido dispositivo, cabendo a parte prejudicada provar que a Administração falhou no que tange a fiscalização dos contratos.

A referida decisão pode resultar na esdrúxula consequência de restar ao trabalhador, sujeito hipossuficiente em todo este contexto, o ônus de suportar por meio dos mais diversos direitos laborais a ineficiência da Administração Pública e a irresponsabilidade, por vezes dolosa, das empresas contratadas.

Por fim, além da insegurança jurídica provocada por esta recente decisão, o presente artigo aborda em linhas finais, dois fatores que potencializam a precarização do trabalho terceirizado no âmbito da Administração Pública: O primeiro refere-se à desigualdade provocada no ambiente de trabalho em face da convivência de celetistas e estatutários; o segundo aspecto versa sobre os reflexos da terceirização pública na representação sindical.

2 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Antes de analisar os aspectos que tornam a terceirização no serviço público danosa ao trabalhador, fato que se tornará ainda mais evidente, caso a subsidiariedade da administração pública não seja reconhecida em caso de inadimplemento das obrigações laborais por parte da empresa contratada, faz-se necessário conceituar a terceirização, bem como em que casos tal recurso pode ser utilizado sem afronta ao ordenamento jurídico pátrio.

Para estabelecer um conceito de terceirização é preciso recorrer à doutrina trabalhista. *Ab initio*, uma relação clássica de emprego é formada por duas partes denominadas de empregado e empregador. Esta relação bilateral possui como características a presença de uma relação de trabalho não-eventual, a pessoalidade nas atividades que o

empregado contratado deve executar e, finalmente, a onerosidade como requisito que também deve se fazer presente.

Com o advento da terceirização, houve um rompimento deste modelo bilateral, uma vez que é inserida uma terceira parte na relação de emprego. A empresa terceirizada conduz o antigo modelo bilateral em um modelo trilateral. Destarte, ficam então estabelecidas na contratação terceirizada três partes: O obreiro, responsável pela prestação da atividade laboral; a empresa terceirizante, cuja responsabilidade é contratar o obreiro; a tomadora de serviços, principal beneficiada pelo trabalho desenvolvido. Numa definição mais precisa, Maurício Godinho Delgado estabelece o seguinte conceito de terceirização para o Direito do Trabalho:

É o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, 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 (grifo do autor).¹

Alice Monteiro de Barros segue a mesma linha conceitual, acrescentando o conceito de atividade-fim e atividade-meio. De acordo com a autora a terceirização:

Consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividade-meio. Por atividade-fim, entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.²

Observa-se então que a Administração Pública passa a tomar o lugar de tomadora de serviços quando deixa de contratar diretamente servidores. Desta forma, na terceirização do

¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 407.

² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Ltr, 2010, p. 452.

serviço público, a Administração Pública contrata empresas para a prestação de serviços que, em tese, não devem ter ligação direta com os fins da Administração Pública.

3 A TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Apesar das inúmeras críticas favoráveis e contrárias a terceirização do serviço público, é preciso reconhecer que tal fenômeno ganhou um fôlego substancial com o advento das ideias neoliberais.

Constatado este fato, é cabível estabelecer uma conceituação adequada para a matéria e determinar os mecanismos de contratação e fiscalização. Desse modo, é possível traçar uma análise adequada de como o afastamento da responsabilidade subsidiária pode acarretar numa tragédia para o trabalhador, visto que em caso de inadimplemento das obrigações laborais, ficará o mesmo com o maior ônus da relação trilateral, mesmo tendo o ente contratante se beneficiado da prestação do labor.

3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS

Analisando-se o art. 175 da Constituição de 1988, pode-se extrair o conceito de serviço público. O *caput* do artigo traz o seguinte conteúdo legal, *in verbis*: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Sob o ponto de vista doutrinário, Celso Antônio Bandeira de Mello formulou o seguinte conceito de serviço público:

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material detinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.³

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24 ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 656.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti pondera que atribuir determinado serviço como sendo de natureza pública, depende das peculiaridades e escolhas de cada povo, sobretudo em virtude de tais escolhas estarem inseridas no sistema jurídico. Nas palavras da autora:

A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento histórico.⁴

Uma vez estabelecida à conceituação para serviço público, é de bom alvitre buscar neste momento uma definição de terceirização no serviço público. Helder Santos Amorim estabelece tal definição. Eis as palavras do autor:

A terceirização consiste numa técnica de organização administrativa por meio da qual os órgãos e entes públicos, a fim de obterem auxílio no exercício eficiente de suas competências institucionais, contratam da iniciativa privada aquelas tarefas de apoio administrativo legalmente autorizadas, sob o regime contratual especial de Direito Administrativo.⁵

Conforme anteriormente exposto, para que exista o fenômeno da terceirização é preciso que exista a figura da empresa terceirizante. Quando por meio do regime de Direito Administrativo, algum ente estatal contrata uma empresa para a realização de serviços ou atividades de apoio, estabelece-se o fenômeno da terceirização no serviço público.

Em suma, a terceirização no serviço público ocorre quando uma das esferas da administração contrata uma empresa para realizar atividades-meio. Desse modo, as atividades-fim da administração pública devem ser realizadas por pessoal concursado.

3.2 FORMAS DE CONTRATAÇÃO E FISCALIZAÇÃO

O acesso aos cargos e empregos públicos é um direito que pode exercido por qualquer brasileiro, desde que atenda as exigências legais. O meio adequado para a escolha

⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 87

⁵ AMORIM, Helder Santos. **A Terceirização no Serviço Público: à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: LTr, 2009, p. 197.

destes profissionais é através do concurso público, por força do art. 37, II, da Constituição de 1988.

No entanto, a própria Constituição admite formas alternativas de contratação. A primeira encontra-se albergada no art. 37, IX, que trata da possibilidade de contratação temporária para atendimento de serviços temporários de excepcional interesse público. Nesse caso, constatado o excepcional interesse público, é realizado um contrato temporário diretamente com o prestador de serviço. Com isso, caso a administração perceba que o serviço deixe de ser excepcional e passe a ser definitivo, deverá organizar um certame para a contratação de servidores, conforme regra constitucional. Como este tipo de contratação é pessoal, não havendo intervenção de sociedade empresária, não pode ser considerada terceirização.

A Administração Pública tem o dever de fiscalizar as empresas contratadas. Para isto, o ordenamento jurídico dispõe mecanismos constitucionais e infraconstitucionais. No plano constitucional, a Administração Pública deve respeitar primeiramente os fundamentos republicanos, *in casu*, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa devidamente albergados no art. 1º, III e IV da Lei Maior, deve também respeitar aos direitos mínimos trabalhistas consagrados no art. 7º e, por fim, deve valorizar o trabalho humano, conforme disposto no *caput* do art. 170. Adentrando no campo infraconstitucional, a Lei nº 8.666/1993 e a Instrução Normativa (IN) nº 02/08, alteradas pela Instrução Normativa nº 03/09, constituem instrumentos legais que obrigam a administração a exercer o dever de administrar eficientemente seus contratos.⁶

Uma Administração Pública eficiente passa necessariamente pela boa gestão e fiscalização dos contratos das empresas terceirizadas. Tal fato não se limita a apenas acompanhar a execução dos serviços, pois, conforme é cediço, se a administração não acompanhar como a terceirizada se comporta com relação ao pagamento dos direitos dos seus trabalhadores, pode amargar um prejuízo maior por meio de ações de empregados que tenham direitos vilipendiados, resultando em ações que busquem a justa reparação por parte da Administração Pública por meio da responsabilidade subsidiária. Como bem leciona Juarez Freitas:

⁶ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. **Terceirização – Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques.** In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 77 - n. 1, jan. a mar, 2011, p.77

Compreende-se o direito administrativo como rede de princípios, de regras e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos objetivos superiores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição, tendo como meta máxima tutelar o direito fundamental à boa administração pública.⁷

O dever de fiscalização dos contratos se espalha para todos os entes federativos em face do princípio federativo. Ou seja:

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 contratos, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação com respeito às diretrizes nacionais. Nessa linha de princípio federativo, embora as regras de fiscalização previstas na IN n° 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 acabem 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).⁸

Convém ressaltar que a inclusão dos itens V e VI na Súmula n° 331 do TST atendem perfeitamente a decisão do STF no julgamento da ADC 16, reforçando a idéia lógica de que a Administração Pública não pode se furtar de fiscalizar seus contratos de mão-de-obra terceirizada, sob pena de responder subsidiariamente, porém, é sempre bom lembrar o cabimento da ação regressiva em caso de condenação do ente público.

3.3 PROTEÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS ATRAVÉS DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Inegavelmente, a terceirização tem sido empregada como uma alternativa de repasse de determinadas funções, visando aumento nos lucros da tomadora, com um conseqüente prejuízo para o obreiro. Ocorre que, em determinadas situações o prejuízo do trabalhador

⁷ FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48.

⁸ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. Op. cit., p. 78.

passa a ser dobrado, pois algumas destas empresas possuem uma grande fragilidade financeira, encerrando suas atividades sem pagar o crédito devido aos funcionários.

Para tecer considerações sobre a terceirização no serviço público, *in casu*, sobre os reflexos negativos que a decisão de não responsabilizar a Administração Pública em caso de inadimplemento das obrigações laborais pela empresa contratada causam ao trabalhador, é preciso estudar o instituto da subsidiariedade

A subsidiariedade é um importante instituto introduzido no ordenamento jurídico através da Súmula 331⁹ do TST, cujo objetivo é evitar uma situação onde o trabalhador sintasse desamparado, caso a empresa de trabalho terceirizado encerre suas atividades, da maneira descrita acima, sem quitar os direitos trabalhistas de seus empregados.

A empresa tomadora assume o ônus de todos os créditos trabalhistas, bastando para isto, que a mesma seja incluída no pólo passivo da demanda. Diante deste fato, caberá a tomadora buscar empresas idôneas como parceiros terceirizados, empresas estas que devem honrar com seus compromissos trabalhistas, única maneira da tomadora livrar-se do problema.

Incidirá em culpa *in eligendo*, a empresa que escolher erradamente a empresa terceirizada contratada, geralmente ocorre a “quebra” desta empresa terceirizada, com a conseqüente assunção dos débitos trabalhistas pela tomadora. Por tal motivo, é de bom alvitre que o tomador de serviços verifique a saúde financeira da empresa terceirizada que pretende contratar, sob pena de ter que arcar com futuros encargos trabalhistas.

⁹ CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em 2 de agosto de 2011.

Cabe também a tomadora, cuidar para que a empresa terceirizada mantenha uma política correta de pagamento dos direitos trabalhistas, quando isto não acontece, incorre a tomadora em culpa *in vigilando*. Existem ferramentas contratuais que podem ser utilizadas para a garantia da tomadora, evitando problemas futuros. Um exemplo é a vinculação do pagamento das faturas, desde de que a terceirizada comprove estar quite com os encargos trabalhistas.

Diante do exposto convém citar os três pressupostos da responsabilidade subsidiária:

- a) *licitude da terceirização*: a responsabilização subsidiária da empresa tomadora dos serviços se dará apenas no caso de a terceirização ser lícita. Em se tratando de terceirização ilícita, a relação de emprego forma-se diretamente entre trabalhador e a empresa tomadora, respondendo a empresa prestadora de serviços solidariamente. Esse pressuposto não consta expressamente como os dois últimos, mas provém da interpretação sistemática da Súmula 331 do TST.
- b) *inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços*: a responsabilidade originária pelo pagamento dos débitos trabalhistas é, sem dúvida, do prestador dos serviços, pois ele é o empregador, nos moldes do art. 2º da CLT. Entretanto, a teor do disposto no item IV da Súmula 331 do TST, basta o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do devedor principal (empregador, -prestador dos serviços) para que o devedor subsidiário (cliente-tomador de serviços) seja responsabilizado subsidiariamente pelos créditos trabalhistas deferidos em sentença judicial.
- c) *participação da tomadora no processo trabalhista*: é necessário que o(s) tomador(es) haja(m) participado da relação processual e conste(m) também do título executivo judicial para que o trabalhador possa cobrar do tomador de serviços os direitos trabalhistas que lhe são devidos.¹⁰

Desse modo, a existência destes três pressupostos deveria acarretar na possibilidade de incidência de responsabilidade subsidiária, não importando se a empresa tomadora de serviços possui natureza de pessoa jurídica de direito privado ou de direito público.

3.4 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O JULGAMENTO DA ADC 16 E A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º DA LEI Nº 8666/93.

Nos casos de terceirização de serviços pela administração, observa-se que muitas empresas contratadas não honram com os encargos trabalhistas por diversos motivos. Diante

¹⁰ COIMBRA SANTOS, Rodrigo. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 186 a 188.

deste fato, é preciso definir se caberia ou não a administração pública responsabilizar-se pelo adimplemento de tais verbas, pois com a falência das empresas ou mesmo pelo descumprimento da legislação laboral vigente por parte destas, restaria ao trabalhador, hipossuficiente nestas relações, arcar com o prejuízo, principalmente no primeiro caso, ou seja, em caso de falência, visto que não é difícil concluir que o trabalhador encontra enormes dificuldades, mesmo através dos meios judiciais, na restauração dos direitos violados.

Conforme disposto na Súmula n. 331, IV do TST, em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, caberia a responsabilidade subsidiária também aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem do título extrajudicial. Em outro giro, o artigo 71, § 1º da Lei 8666/93¹¹, trata do tema de maneira diversa, no sentido de não admitir a transferência para a Administração Pública das responsabilidades de natureza trabalhista, dentre outras.

O advento da ADC n.16 ocorreu em face da divergência jurisprudencial, uma vez que o TST, utilizando-se dos princípios protetores, passou a julgar com base na Súmula n. 331, responsabilizando a Administração Pública em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada. Inconformado com a linha protetiva do TST, o Governador do Distrito Federal, ingressou com esta ADC cujo fito principal a decretação da constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93.

Em julgamento realizado dia 24/11/2010 a ação foi julgada procedente, tendo voto contrário do Ministro Ayres Brito. O julgamento declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, mas não declarou a inconstitucionalidade do Enunciado n. 331, de maneira que o TST terá de trabalhar com estas duas normas jurídicas. Coube, diga-se de passagem, ao Ministro Ayres Brito, mesmo vencido, sustentar argumentos voltados a uma maior proteção dos trabalhadores terceirizados. Nesse sentido, é cabível a transcrição de parte do informativo n. 610 do STF, naquilo que concerne ao pensamento do referido Ministro:

Vencido, parcialmente, o Min. Ayres Britto, que dava pela inconstitucionalidade apenas no que respeita à terceirização de mão-de-obra. Ressaltava que a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de

¹¹ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

mão-de-obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Saliou que esta significaria um recrutamento de mão-de-obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão-de-obra recrutada por interposta pessoa.¹²

No voto do Ministro Ayres Brito percebe-se a interpretação conforme disposto no art. 37, II, IX da Constituição Federal. Desta forma, os funcionários terceirizados, além de serem recrutados de forma precária, diversa dos mandamentos constitucionais, tornam-se duplamente fragilizados pela dificuldade imposta por este julgado, numa eventual tentativa de responsabilização dos entes públicos, nos recorrentes casos de inadimplemento da reclamação trabalhista.

No julgamento da ADC n. 16, a responsabilização subsidiária da Administração Pública só será admitida em caso de omissão. A aplicação direta da Súmula n. 331 não será mais possível. O informativo n. 610 do STF pormenoriza a questão. Neste ponto, torna-se oportuno transcrever o ponto concernente à caracterização da omissão e a possível aplicação da Súmula n. 331:

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.

É fácil concluir que, conforme entendimento do STF, só é admissível a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quando restar comprovado que o ente público incorreu em omissão no que tange a fiscalização do adimplemento das obrigações laborais.

Porém, é preciso considerar que a falta dos limites temporais e a abrangência destas fiscalizações durante a execução do contrato, implicam na extremamente árdua tarefa de

¹² Informativo n. 610 do STF. Disponível em: www.stf.jus.br.

descobrir com precisão se a Administração Pública agiu ou não com omissão, incorrendo em culpa *in vigilando*.

No entanto, levando-se em consideração todo o caráter protetivo do Direito do Trabalho, torna-se inadmissível que o trabalhador seja prejudicado nesse tipo de situação. Na relação entre Estado, empresa e trabalhador, este último é, por óbvio, o mais fraco. É muito claro, portanto, que o trabalhador, sujeito potencialmente hipossuficiente, deve receber o mais rápido possível as verbas a que faz jus. Se por acaso o Estado arcar com ônus, será por conta da sua própria incompetência de gestão. Em outras palavras:

O nexos causal justificador da responsabilidade é a conduta omissiva e negligente do ente público, que se beneficia da força de trabalho de alguém e remunera seu empregador sem fiscalizar se este cumpriu com suas obrigações trabalhistas. Destarte, a construção jurisprudencial contida no inciso IV da Súmula nº 331 foi explicitada *secundum legem*, escorada no art. 186 do Código Civil, aplicável por compatível com o Direito Trabalhista, restando plenamente observado o princípio da legalidade, tendo o Tribunal Superior do Trabalho assim atuado no desempenho de sua função constitucional, com o escopo de proceder à necessária uniformização de jurisprudência.¹³

Quando a Administração Pública contrata empresas que possuem um histórico de pendências judiciais na ceara trabalhista, não a como desconsiderar a comprovada culpa *in eligendo*. Nesses casos, o fato de ter escolhido errado uma sociedade empresaria, torna praticamente inafastável a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

De toda forma, a responsabilidade subsidiária não pode ser entendida como um instrumento para transferir de maneira automática débitos decorrentes do inadimplemento de obrigações de empresas contratadas, uma vez que existe a ação regressiva, como um instrumento que deve ser utilizado pela administração pública nestes casos. Este é o posicionamento de Tereza Aparecida Asta Gamignani:

A responsabilidade subsidiária não transfere à Administração Pública a responsabilidade que é própria do empregador, tendo em vista que em seu conceito está implícita a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva.¹⁴

¹³ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei N° 8.666/93 e Súmula 331 do TST: Poderia Ser Diferente?** In: Revista do tribunal Superior do Trabalho. Ano 77 - n. 1, jan. a mar, 2011, p. 44.

¹⁴ *Ibidem*, p. 41.

Infere-se que se a Administração Pública assumir as responsabilidades fiscalizatórias estabelecidas no ordenamento jurídico, dificilmente será alvo de ações provenientes de trabalhadores lesados por empresas descompromissadas com valorização do trabalho, fato que implicará numa complexa litigiosidade que envolverá, num segundo momento, ações regressivas contra tais empresas.

4 FATORES QUE POTENCIALIZAM A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO TERCEIRIZADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A ameaça ao direito de recorrer subsidiariamente contra a Administração Pública é apenas o fato mais recente de uma série situações discriminatórias verificadas cotidianamente, cuja acumulação conduz o trabalhador terceirizado que presta serviço por meio das mais diversas empresas, a situações de caráter discriminatório no que tange a igualdade de direitos.

Em outras palavras, sem discutir se a terceirização no serviço público é benéfica ou maléfica para fazer valer em sua plenitude o princípio constitucional da eficiência, o que se verifica é que, analisando-se sob o prisma sociotrabalhistas, tal ferramenta criou duas classes distintas de trabalhadores no serviço público.

No presente artigo, optou-se pela análise de duas situações cuja natureza discriminatória mostra-se bastante evidente: A primeira resulta da diferença jurídica nos contratos de trabalho de servidores terceirizados e daqueles diretamente contratados; a segunda situação ocorre no campo da representatividade. Nesse caso, um sindicato representa interesses do funcionário público diretamente contratado e outro sindicato representa os trabalhadores que formam a mão de obra terceirizada.

4.1 A DESIGUAL CONVIVÊNCIA DE ESTATUTÁRIOS E CELETISTAS EM UM MESMO AMBIENTE LABORAL

Com o avanço da terceirização na Administração Pública, é cada vez mais perceptível à convivência de servidores concursados e estáveis ao lado de trabalhadores terceirizados. Não é difícil perceber que as diferenças das garantias legais presentes na CLT e nos mais diversos estatutos que regem os servidores públicos são desproporcionais, provocando um inevitável desequilíbrio nas relações laborais.

O estudo neste ponto específico, centra-se dentro de uma situação fática freqüentemente constatada, ou seja, existem funcionários laborando em um mesmo ambiente,

por vezes exercendo funções iguais, porém tutelados por diplomas legais que oferecem dispositivos protetivos factualmente desiguais.

Para demonstrar que a convivência de trabalhadores regidos por regimes jurídicos tão diversos importa em condições de extrema desigualdade, é preciso conhecer os critérios necessários para identificação do desrespeito à isonomia. Celso Antônio Bandeira de Mello enfrentou o tema e estabeleceu três critérios basilares que, uma vez preenchidos, resultam na quebra da isonomia. Em seguida arremata afirmando que a agressão a apenas um destes critérios importa em ofensa ao princípio da isonomia. Eis as palavras do autor:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. [...]

Não basta, pois, reconhecer-se que uma regra de direito é ajustada ao princípio da igualdade no que pertine ao primeiro aspecto. Cumpre que o seja, também, com relação ao segundo e ao terceiro. É claro que a ofensa a requisitos do primeiro é suficiente para desqualificá-la. O mesmo, eventualmente, sucederá por desatenção a exigências dos demais, porém quer-se deixar bem explícita a necessidade de que a norma jurídica observe cumulativamente aos reclamos provenientes de todos os aspectos mencionados para ser inobjetablem em face do princípio isonômico.¹⁵

Desse modo, pode-se eleger a questão da estabilidade como um exemplo capaz de demonstrar a diferença de tratamento como forma de ilustrar a precisa doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello neste caso concreto.

Enquanto o servidor público aprovado para um cargo de provimento efetivo em virtude concurso público possui, por força do art. 41 da Constituição Federal estabilidade após três anos de efetivo exercício, o servidor contratado por uma empresa terceirizada e regido pela CLT tem as mesmas garantias legais que qualquer empregado da iniciativa privada. Não existe qualquer dispositivo infraconstitucional capaz de igualar ou, pelo menos, minimizar os transtornos causados por esse aspecto tomado como exemplo.

4.2 OS REFLEXOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA REPRESENTAÇÃO SINDICAL

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 18ª tir.. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21.

Os prejuízos dos trabalhadores terceirizados no que tange a sua representatividade são bastante explícitos. A representação sindical dos servidores públicos ocorre por meio de sindicatos historicamente fortes, fato que torna o gozo de certos direitos mais fáceis de serem exercidos.

Em sentido contrario, os trabalhadores terceirizados são representados por sindicatos de menos expressividade, com fraco poder de negociação. Tal fato é perfeitamente constatado em movimentos grevistas, ou seja, enquanto os servidores efetivos exercem em sua plenitude o direito constitucional de greve, constata-se que os trabalhadores terceirizados não se sentem encorajados em realizar movimentos parestas por razões diversas.

Essa desigualdade jurídica entre contratados e terceirizados leva, por exemplo, a uma completa dissonância na pauta de reivindicações e a uma fragilidade potencial que inibe a busca por melhores condições salariais e trabalhistas. Maurício Godinho Delgado adverte que essa pulverização da força de trabalho e, conseqüentemente, a perda da força agregadora do sindicato, provoca graves prejuízos e contribui para a precarização do trabalho terceirizados. No entender do autor:

Somente pode ser organização sindical efetivamente representativa da categoria profissional do trabalhador terceirizado aquela entidade sindical que represente, também hegemonicamente, os trabalhadores da empresa tomadora de serviços do obreiro! Toda a formação profissional, seus interesses profissionais, materiais e culturais, toda a vinculação laborativa essencial do trabalhador terceirizado, tudo se encontra direcionado à empresa tomadora de serviços, e não à mera intermediária de mão-de-obra. A real categoria profissional desse obreiro é aquela em que ele efetivamente se integra em seu cotidiano de labor.¹⁶

Portanto, mesmo fazendo parte da Administração Pública e auxiliando os mais diversos serviços públicos por meio das empresas terceirizadas, os trabalhadores terceirizados sequer gozam da possibilidade de serem representados em igualdade de forças.

Por tudo o que foi exposto, não seria errôneo afirmar que a terceirização, qualquer que seja ela, nos moldes atualmente praticados, é responsável pela criação de uma categoria de trabalhadores de segunda linha. Visto por esse ângulo, mais uma vez a terceirização atenta contra o princípio da igualdade. Esta é a opinião de Guilherme Machado Dray quando afirma que:

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 443.

Ao interditar o tratamento de pessoas ou grupos de pessoas posicionadas em situações essencialmente idênticas de forma arbitrariamente desigual, ou o tratamento de pessoas ou grupos de pessoas essencialmente desiguais de forma arbitrariamente idêntica, o princípio da igualdade impõe inequivocamente uma obrigação aos poderes do Estado em favor do indivíduo.¹⁷

Ante ao exposto, fica a certeza de que para atender aos fundamentos que regem o Estado Democrático de Direito, sobretudo a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, é necessário que ajustes legislativos sejam feitos, buscando eliminar o abismo que separa o servidor público diretamente contratado e o trabalhador contratado por meio de contratos de terceirização com os diversos entes públicos.

5 CONCLUSÕES

A terceirização ocorre quando uma empresa terceirizante é contratada por outra tomadora de serviços visando o fornecimento de mão de obra destinada a atividades-meio. No caso da terceirização no serviço público, quem assume o papel de tomador de serviços é o ente da Administração Pública que contrata, por meio das normas previstas no Direito Administrativo, empresas de mão de obra terceirizadas objetivando apoiar a prestação de serviços públicos.

A Administração Pública não pode dolosamente se aproveitar da decisão que decretou a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei nº 8666/93, omitindo-se ou negligenciando seu dever de fiscalizar a execução dos mais diversos contratos, sob pena de ter de responder subsidiariamente por culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Nesse sentido, cabe a Administração Pública zelar pelo correto cumprimento dos contratos, obedecendo a risca os princípios e regras positivadas nas normas de Direito Administrativo, dentre elas a própria Lei de Licitações e as Instruções Normativas que detalham os procedimentos fiscalizatórios.

A tarefa de fiscalização deve passar, necessariamente, pela verificação e análise do correto cumprimento das obrigações laborais dos trabalhadores terceirizados, isso inclui o depósito regular do FGTS, o recolhimento dos tributos relativos à seguridade do trabalhador, o pagamento de adicionais, dentre outros direitos sociotrabalhistas.

¹⁷ DRAY, Guilherme Machado. **O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 125.

Diante do ingresso cada vez maior de trabalhadores terceirizados na Administração Pública vinculados a empresas com atividades cada vez mais complexas, é preciso que sejam tomadas medidas visando à redução da condição de desigualdade que ora se apresenta.

Inferese-se que a discrepância entre a proteção legal oferecida ao empregado celetista e o estatutário é muito grande, basta tomar a garantia da estabilidade como comparação, sem falar em outros aspectos observados na prática cotidiana, como a enorme diferença de remuneração e o acúmulo de trabalho.

6 REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **A Terceirização no Serviço Público: à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Ltr, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 18ª tir.. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 24 ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

COIMBRA SANTOS, Rodrigo. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DRAY, Guilherme Machado. **O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999.

FREITAS, Juarez. **Discricionariiedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei N° 8.666/93 e Súmula 331 do TST: Poderia Ser Diferente?** In: Revista do tribunal Superior do Trabalho. Ano 77 - n. 1, jan. a mar, 2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. **Terceirização – Aspectos Gerais. A Última Decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos Enfoques**. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 77 - n. 1, jan. a mar, 2011.

