

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional

Flávia de Moraes Mendes

**Direitos fundamentais e a responsabilidade da administração
pública na terceirização de serviços**

Brasília – DF
2008

Flávia de Moraes Mendes

Direitos fundamentais e a responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Professora Julia Maurmann Ximenes

**Brasília – DF
2008**

Flávia de Moraes Mendes

Direitos fundamentais e a responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Professora Julia Maurmann Ximenes

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

A Constituição Federal brasileira atribuiu aos direitos fundamentais natureza de núcleo essencial do sistema jurídico. No âmbito laboral, os novos modos de produção provocaram a descentralização das atividades empresariais, surgindo o instituto da terceirização, trazendo conseqüências nocivas aos direitos dos trabalhadores, obrigando o legislador brasileiro a normatizá-la. Na prática, entretanto, a terceirização passou a ser realizada de forma mais ampla do que aquela permitida pela legislação. O Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que contempla a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço, inclusive da Administração Pública. A análise do privilégio estabelecido em lei infraconstitucional, especificamente, no art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, que isenta a Administração Pública de qualquer responsabilidade pelos créditos trabalhistas nos casos de terceirização, deve ser feita à luz dos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do trabalhador consagrados na Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direitos fundamentais. Terceirização. Direitos trabalhistas. Responsabilidade. Administração Pública.

Sumário

Introdução.....	6
1 Direitos fundamentais.....	9
1.1 Direitos fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	13
1.2 Direitos fundamentais e as relações de trabalho.....	15
2 Terceirização no Direito do Trabalho.....	20
2.1 A terceirização no modelo jurídico brasileiro.....	20
2.2 A terceirização e a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	23
3 Fundamentos da responsabilidade do tomador do serviço.....	29
3.1 Responsabilidade da Administração Pública.....	33
3.2 Princípios da legalidade e moralidade e a Administração Pública.....	36
3.3 Do art. 71 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e o privilégio estabelecido para a Administração Pública.....	41
Conclusão.....	49
Referências bibliográficas.....	51

INTRODUÇÃO

O Direito modifica-se, se adequando à medida que a base social que incide se altera. Se mudam as composições sociais, a ordem política e econômica, muda também o Direito. Assim se os métodos de organização do trabalho se alteram, o Direito do Trabalho também se transforma.

A terceirização, enquanto modelo de organização do trabalho, é fenômeno atual e sua utilização tende a aumentar. Ao que parece, o comportamento atual, especialmente após o final do último século, é de delegar a terceiros a realização de atividades, ato este, praticado em grande escala pela Administração Pública. Trata-se de nova forma de organização empresarial.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedicou aos direitos fundamentais singular tratamento, o que permite aferir sua condição de núcleo essencial do sistema jurídico.

Assim, é legítima a intenção da Administração Pública, de se eximir do pagamento dos débitos trabalhistas devidos aos trabalhadores, pelos contratos celebrados com empresas particulares por meio da terceirização?

O presente estudo pretende demonstrar que os direitos fundamentais emprestam respaldo à teoria da responsabilidade dos tomadores do serviço, em especial da Administração Pública, nas hipóteses de terceirização, providência indispensável para a concretização do Estado Democrático de Direito, que deve envidar esforços em busca da diminuição das desigualdades sociais, o que exige a implementação de medidas efetivas, tendentes à concretização da justiça e da solidariedade.

A responsabilidade da Administração Pública, nas hipóteses de terceirização, é medida indispensável para a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Busca-se examinar as razões que fundamentam o entendimento predominante acerca da inconstitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, que isenta a Administração Pública da responsabilidade pelos créditos trabalhistas nas hipóteses de terceirização.

Desta feita, o trabalho foi dividido em três partes. No primeiro capítulo são traçadas algumas noções de direitos fundamentais, passando rapidamente pelas gerações que permeiam a historicidade e o amadurecimento do moderno constitucionalismo. Após, estuda-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ao fim, conectam-se os direitos fundamentais às relações do trabalho.

No segundo capítulo, esclarecemos ao leitor a nova forma de organização de trabalho, qual seja, o instituto da terceirização. Demonstra-se a terceirização no modelo jurídico brasileiro, e, após, a terceirização e o item IV, da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que responsabiliza a Administração Pública pelo pagamento dos débitos trabalhistas devidos e não pagos ao obreiro.

No último capítulo, expõem-se os fundamentos jurídicos para a responsabilidade da empresa tomadora de serviços. Descreve-se, a responsabilidade da Administração Pública, os Princípios da Legalidade e da Moralidade, e por derradeiro, analisa-se o privilégio estabelecido pelo legislador infraconstitucional, no art. 71, da Lei nº 8.666/93, eximindo a Administração Pública dos pagamentos devidos aos obreiros pela mão-de-obra prestada.

E é com base nos Direitos Fundamentais consagrados na Carta Magna, especificamente com supedâneo no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que concluimos que deve ser, a Administração Pública, responsável pelos débitos trabalhistas devidos ao trabalhador, que emprestou a energia do labor ao Estado, restando merecedor da contraprestação, seja com base na culpa *in eligendo*, ou na culpa *in vigilando*.

O Estado, ao licitar com empresas fornecedoras de serviço, mesmo agindo em consonância com a lei, não pode se eximir, como garantidor da ordem social e econômica, de garantir o mínimo existencial ao cidadão.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, até certo ponto, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões.¹

Partindo dessa premissa, na qual é incontestado a relevância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, e fundando-se na idéia de que os direitos fundamentais repousam sobre o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, é que se busca, no desenvolver deste trabalho, além de traçar o conceito e os limites desses direitos, destacar aqueles presentes nas relações do trabalho.

Conforme ensina Arion Sayão Romita, “a eficácia do reconhecimento dos direitos fundamentais resulta em proporcionar a todo homem garantias contra atos (do Estado ou dos particulares) opressivos e arbitrários, aptos a agredir o valor básico da dignidade da pessoa humana”.²

Ainda segundo o autor,

pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos.³

Daí compreende-se que a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas.⁴

9

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

² SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 37.

³ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 36.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que este tem, antes de tudo, direitos, e depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem diante do indivíduo, se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.⁵

Antes de traçar uma perspectiva histórica, insta esclarecer que numa primeira visão, os direitos fundamentais obrigam o Estado a respeitar os direitos de qualquer indivíduo em face do Poder Público, atuando como direitos de defesa. Sob outra perspectiva, o Estado se obriga a garantir os direitos de qualquer cidadão contra a agressão perpetrada por terceiros, quando invocado seu dever de proteção.⁶

A evolução dos direitos fundamentais é dividida em três gerações. A primeira geração, ou família, são as chamadas liberdades negativas, a segunda, a dos direitos econômicos e sociais, e a terceira, a dos direitos coletivos e difusos.⁷

A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americanas e francesa.⁸ Correspondem ao primeiro termo da trilogia cunhado pela Revolução Francesa de 1789: *liberte, égalité, fraternité*. O artigo 1º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclama que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito.⁹

Pretendia-se fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder, traduzindo-se na abstenção do Estado, criando obrigações de não intervir sobre aspectos da vida pessoal do indivíduo.¹⁰

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 222-223.

⁶ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

⁷ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 92.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223.

⁹ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 93.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223.

Esses direitos são tidos, geralmente, como direitos de defesa, ou seja, de liberdades negativas. A liberdade, no contexto do liberalismo político, apresenta natureza puramente individual, significa liberdade pura.¹¹

Nesse contexto,

A primeira família de direitos fundamentais compreende os direitos e garantias individuais (direitos civis) e direitos políticos o indivíduo. Eles se opõem ao Estado, do qual exigem uma posição de abstenção no tocante à esfera de atuação do indivíduo e a este assistem como ente abstrato, racional, (...) são às vezes chamados direitos individuais ou direitos do homem e do cidadão. Consagram basicamente o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à participação política.¹²coincidindo com a noção de liberdades públicas da doutrina francesa.

Ocorre que uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade superasse suas angústias sociais.¹³

Como consequência,

uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.¹⁴

Desse modo, a segunda geração dos direitos fundamentais vincula-se ao segundo termo da trilogia lançada pela Revolução Francesa: *égalité*. São direitos que pretendem superar a noção de igualdade meramente formal. A pauperização de grandes massas populacionais determinou a necessidade de intervenção do Estado

11

¹¹ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 94.

¹² SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 94.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223.

com o intuito de minorar os graves desajustes sociais que ameaçam a própria estabilidade do regime capitalista.¹⁵

São os chamados direitos sociais, por se ligarem a reivindicações de justiça social, sendo que, na maioria das vezes, esses direitos não têm como titular o indivíduo singular.¹⁶

SAYÃO explica que “a verdadeira liberdade exige o preenchimento de condições mínimas de existência, sem as quais de nada vale ser livre”.¹⁷

Já os direitos da terceira geração correspondem aos direitos derivados do terceiro termo da trilogia difundida pela Revolução Francesa: *fraternité*. São os direitos de fraternidade, ou, na visão atual de coletividade, de solidariedade.¹⁸

A fraternidade tem por função unir o conjunto dos cidadãos, eliminando as barreiras que separam as diferentes categorias de cidadãos, como as de classe social, de religião ou de profissão. A fraternidade se converte, por força das lutas e das rebeliões sociais que marcaram os séculos XIX e XX, em solidariedade, vínculo que enseja a coalizão de trabalhadores e dá origem ao sindicalismo.¹⁹

São peculiarizados pela titularidade difusa, vez que concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.²⁰ São identificados o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.²¹

¹⁵ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 94-95.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 224.

¹⁷ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 96.

¹⁸ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 102.

¹⁹ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 100.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 224.

²¹ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 102.

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida para que se possam situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica.²²

1.2 Direitos fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade humana é apontado como elemento fundante, informador e unificador dos direitos fundamentais e uma das bases do Estado de Direito Democrático, conforme previsto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal, servindo também como elemento orientador do processo de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.²³

No âmbito das relações trabalhistas os direitos fundamentais e princípio da dignidade ganham peculiar destaque. O respeito aos atributos do trabalhador, atendida sua condição de pessoa humana, é elemento fundamental para que passe a ser reconhecido como homem, valorizando-se sua integridade física, psíquica e moral, o que alcança, indiscutivelmente, a justa, adequada e efetiva retribuição de seu trabalho. A exaltação da dignidade humana e dos direitos fundamentais deve traduzir-se na efetiva assecuração, a quem trabalha, da contraprestação, cujo núcleo básico é o estipêndio de salários, condição indispensável para viabilizar existência digna.²⁴

Conforme dito anteriormente, a dignidade da pessoa humana é o próprio fundamento dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, nada mais são, do que manifestações da dignidade da pessoa. Assim, violando-se um direito fundamental, estar por violar-se a própria dignidade da pessoa que sofre a ofensa.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 224.

²³ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>>. Acesso em 11.09.2008.

²⁴ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>>. Acesso em 11.09.2008.

Aponta ROMITA que

é a necessidade de respeito à dignidade da pessoa que está na raiz do paradigma ético básico a ser observado por todo e qualquer ordenamento jurídico. Esse ordenamento reduz o terreno das discrepâncias entre as diferentes concepções de justiça do nosso tempo. A consagração, a garantia, a promoção e o respeito efetivos dos direitos fundamentais constituem o mínimo ético que deve ser acatado por toda a sociedade e todo direito que desejem apresentar-se como uma sociedade e um direito justos.²⁵

A própria Constituição Brasileira relaciona, dentre os fundamentos do Estado democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, conforme disposto no inciso III do art. 1º.

Desta feita, a dignidade da pessoa humana tem o papel de influenciar o legislador na edição das normas que explicitam os direitos fundamentais, e deve estar presente, acima de tudo, na tarefa de interpretação de todo o ordenamento.²⁶

Nesse panorama, é que se busca debater, ao longo do trabalho, e sempre com base no princípio da dignidade da pessoa humana, sobre os diversos aspectos que envolvem a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados.

Afinal, o que se adianta, de antemão, independentemente da corrente doutrinária a que se filiará, é que o trabalhador, ao ser contratado pela empresa fornecedora, e está, ao repassar sua mão-de-obra, à empresa tomadora, presta serviços, dispensando sua força de trabalho em proveito da Administração Pública, razão pela qual faz jus à percepção de contraprestação pelos serviços prestados, por quem quer que seja.

²⁵ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 140.

²⁶ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 142-143.

1.3 Direitos fundamentais e as relações de trabalho

Inicialmente, insta esclarecer que a Constituição Brasileira, ao longo do todo o texto constitucional, expôs diversos princípios, direitos e garantias relacionados às relações de trabalho, como no artigo 1º, supracitado, e também em seu 5º.

Demais disso, ao relacionar os princípios gerais da atividade econômica, a Carta Política enunciou, em seu art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (Grifo nosso)

(...)

III - função social da propriedade;

(...)

VIII - busca do pleno emprego;

Cumprido ressaltar, ainda, que os princípios gerais do Direito, são aplicáveis ao Direito do Trabalhador somente na medida em que sejam compatíveis com as finalidades e os princípios fundamentais desse ramo do Direito.²⁷

Vale dizer, ainda, que as diretrizes do Direito do Trabalho são de grande importância para a construção de uma sociedade baseada nas premissas da dignidade da pessoa humana. Assim, o amadurecimento do constitucionalismo passou a abarcar como pauta normativa as normas mínimas de proteção ao trabalhador.²⁸

Ao dispor sobre o Princípio da Proteção do Trabalhador, Arnaldo Sussekind afirma que

15

²⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. *Os princípios social-trabalhistas na Constituição Brasileira*. Revista do TST, Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003, p. 44.

²⁸ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10779>>. Acesso em: 29 de outubro de 2008.

o princípio protetor, ou da proteção do trabalhador, erige-se como o mais importante e fundamental para a construção, interpretação e aplicação do Direito do Trabalho. A proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico.

(...)

O princípio protetor do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho – uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal. Daí decorre o princípio da irrenunciabilidade (indisponibilidade ou inderrogabilidade), consagrado no Brasil pelo art. 9º da CLT, que é intenso na formação e no curso da relação de emprego, e que se não confunde com a transação, quando há *res dubia* ou *res litigiosa* no momento ou após a cessação do contrato de trabalho.²⁹

De acordo com o autor, dos fundamentos jurídico-políticos e sociológicos de tal princípio, geram-se outros, como o princípio *in dubio pro operario*, que aconselha o intérprete a escolher, dentre diversas interpretações, a mais favorável ao trabalhador, desde que não afronte a nítida manifestação do legislador, nem se trate de matéria probatória; o princípio da norma mais favorável, no qual aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador; o princípio da condição mais benéfica, que determina a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa; o princípio da primazia da realidade; e os princípios da integralidade e da intangibilidade, que visam a proteger o salário de descontos abusivos, preservar sua impenhorabilidade e assegurar-lhe posição privilegiada em caso de insolvência do empregador.³⁰

Outrossim, pode-se, ainda, aferir alguns outros princípios de relevância, como o da prevalência do interesse público sobre o particular, o da razoabilidade, da boa-fé e

²⁹ SUSSEKIND, Arnaldo. *Os princípios social-trabalhistas na Constituição Brasileira*. Revista do TST, Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003, p. 44.

³⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. *Os princípios social-trabalhistas na Constituição Brasileira*. Revista do TST, Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003, p. 45-46.

da equivalência entre a justa remuneração do trabalhador e a justa retribuição do empregador.³¹

A teoria do contrato social ensina que os homens assumem deveres decorrentes da vida em sociedade. O dever de trabalhar assume importância considerável, no estado de natureza, o homem faz o que lhe apraz, mas na sociedade o homem paga com o trabalho o preço do seu sustento.³²

Assim, quando o indivíduo assume a titularidade de direitos, suas liberdades públicas ganham precedência sobre o poder, não mais absoluto, porém tido por emanção da vontade popular.³³

Resgatando o que foi explanado no início do capítulo, ao escrever sobre as gerações dos direitos fundamentais, especificamente, com relação às duas primeiras gerações, conclui-se que hoje, toda a ideologia daquela fase, como o estado de natureza, o contrato social, e os postulados que faziam da sociedade o produto da livre vontade dos homens, evaporou-se.³⁴

Como resulta do art. 29, parágrafo primeiro, da Declaração Universal de 1948³⁵, somente na comunidade é possível o pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo.³⁶

É no núcleo dos direitos fundamentais que se encontra a certeza da irredutibilidade do ser humano ao ambiente social que o envolve. “Fora da convicção fundada na eminente dignidade da pessoa humana, não há fundamento nem justificação para os direitos humanos”.³⁷

³¹ SUSSEKIND, Arnaldo. *Os princípios social-trabalhistas na Constituição Brasileira*. Revista do TST, Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003, p. 46.

³² SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 149.

³³ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 150.

³⁴ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 155.

³⁵ “Toda pessoa tem devres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

³⁶ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 155.

³⁷ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 156.

Os direitos fundamentais se aplicam aos trabalhadores considerados como cidadãos e como sujeitos de uma relação de trabalho subordinado.³⁸

Destarte, o dever que tem o empregador de dispensar tratamento digno ao empregado está respaldado na obrigação de respeitar os direitos fundamentais do obreiro. “Essa obrigação tem por conteúdo o respeito aos direitos inerentes à dignidade da pessoa, que se relacionam com os direitos fundamentais, considerados de maneira genérica”.³⁹

A aplicação dos direitos fundamentais no âmbito da relação de trabalho volta-se primordialmente para o aspecto pessoal do contrato, sem todavia obscurecer certos aspectos de índole patrimonial, como a justa remuneração ou, pelo menos, o salário mínimo.⁴⁰

Corroborando com o entendimento até aqui discorrido, ROMITA afirma que

por ter a Constituição de 1988 elevado a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e fundante de todo o ordenamento brasileiro, fácil é atribuir aos direitos sociais a característica de manifestações dos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade material porque, encarados em sua vertente prestacional (direitos a prestações não só jurídicas mas também fáticas), tais direitos têm por objetivo assegurar ao trabalhador proteção contra necessidades de ordem material, além de uma existência digna.⁴¹

O Direito do Trabalho da sociedade pós-industrial gira em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com a finalidade de implantar a dignidade do trabalhador como pessoa humana, como ser que produz em benefício da sociedade.⁴²

³⁸ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 187.

³⁹ *ibidem*, p. 191.

⁴⁰ *ibidem*, p. 216.

⁴¹ *ibidem*, p. 251.

⁴² *ibidem*, p. 396.

É, necessário reparar que “à lógica do poder e à lógica do mercado, graças aos direitos fundamentais e ao Estado social, é necessário agregar a lógica do interesse público, na qual se inserem os direitos fundamentais dos trabalhadores”.⁴³

Há, portanto, uma intersecção, entre os princípios e regras do Direito do Trabalho e o postulado da dignidade da pessoa humana, ao passo que “qualquer dispositivo legal tendente a reduzir as garantias mínimas de ordem pública asseguradas aos trabalhadores afigurar-se-á atentório ao referido princípio e, portanto, inconstitucional”.⁴⁴

⁴³ SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 410.

⁴⁴ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10779>.> Acesso em: 29 de outubro de 2008.

2. TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Este capítulo pretende esclarecer o funcionamento e a aplicação da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro para que melhor se possa compreender a súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e seus fundamentos jurídicos e sociais. E ainda, a forma de utilização do instituto da terceirização na administração pública e sua licitude.

2.1 A terceirização no modelo jurídico brasileiro

O modelo clássico trabalhista fundamenta-se na relação de emprego típica, gerada pelo contrato de trabalho de prazo indeterminado, com empregador único.⁴⁵

Conforme preleciona a doutrina:

(...) as pressões determinadas pelos novos modos de produção, que exigem especialização em todas as áreas, provocaram o surgimento do fenômeno da descentralização das atividades empresariais. Em lugar do modelo tradicional, onde a relação jurídica de emprego era, no plano formal e fático, estabelecida com o tomador do serviço, surge relação trilateral, que engloba o trabalhador, que tem vínculo jurídico com empresa terceirizante, mas que, no cotidiano, trabalha no âmbito e em proveito da tomadora dos serviços. A este processo convencionou-se chamar terceirização (...).⁴⁶

Segundo Sérgio Pinto Martins, “Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa”. É uma forma de contratação que agrega à atividade-fim de uma empresa a atividade-meio da outra.⁴⁷

Para Wilson Alves Polônio:

20

⁴⁵ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>>. Acesso em 11.09.2008.

⁴⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>>. Acesso em 11.09.2008.

⁴⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.

a terceirização pode ser definida como um processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) de serviços que originalmente seriam executados dentro da própria empresa.⁴⁸

A terceirização surgiu como conseqüência natural das novas formas de atuação empresarial no final do século XIX (notadamente, no período compreendido entre o fim da II Guerra Mundial e o fim dos anos 70). Estes 30 anos de grande desenvolvimento econômico ficaram conhecidos como “Anos Gloriosos”.

Com a crise do petróleo na década de 70, a oportunidade de ganho pela ampliação de mercados desaparece, obrigando as empresas a alterarem seu modo de administração, com grande preocupação nos custos de fabricação e funcionamento, adotando o método toyotista de produção, segundo o qual a verticalização da produção foi substituída pela sua horizontalização, criando, assim, uma rede de produtores e fornecedores.⁴⁹

Aqui, a terceirização apresenta-se como uma técnica administrativa, permitindo à empresa, preocupar-se mais intensamente com as atividades que constituem o objetivo central de seu empreendimento.⁵⁰

No panorama atual, as atividades empresariais estão descentralizadas, formando uma relação trilateral, na qual o trabalhador, vinculado à empresa terceirizante, presta seus serviços no âmbito da tomadora de serviços, e em proveito dessa.

No Brasil, as relações trabalhistas ganham importância a partir do Governo de Getúlio Vargas, nos anos 30.

21_____

⁴⁸ POLÔNIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 97.

⁴⁹ HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005, p. 133-134.

⁵⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Revista do TST, Brasília, vol. 70, nº 1, jan/jul 2004, p. 119.

Por volta de 1950 a noção de terceirização invadiu o Brasil, trazida por multinacionais que concentravam seus esforços apenas nas atividades essenciais do seu negócio. Como exemplo, tem-se a indústria automobilística, que inicia a contratação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel.⁵¹

Por meio do Decreto-lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70, foi introduzida a descentralização administrativa, que dentre outras providências, autorizava a contratação de trabalhadores por empresas interpostas para realização de serviços de apoio.

Em 1974 foi editada a primeira norma que tratou de terceirização. A Lei nº 6.019 limitava a contratação de trabalhadores, por empresa interposta, para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços (art. 2º).

Especificamente, no setor bancário, a Lei nº 7.012 de 20 de junho de 1983 autorizou as atividades de vigilância e transporte de valores. Mais tarde, o art. 10 da referida lei foi modificado (pela Lei nº 8.863/94), ampliando a terceirização também para outros estabelecimentos, públicos ou privados, autorizando, também, a segurança de pessoas físicas.

Não prevalecendo apenas nas relações entre particulares, os objetivos e justificativas para a utilização da terceirização também são válidos para a Administração Pública. “Esta pretende a transformação de seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo”.⁵²

Conforme ensina Marcos Souto, o objetivo da Administração Pública com a terceirização é a economicidade, e não apenas economia. Isto porque, fora a especialização do funcionário, muitas vezes não encontrada internamente, há todos os

custos com a gestão e fiscalização dos serviços individualmente considerados, que são transferidos ao fornecedor da mão-de-obra.⁵³

Porém, está a Administração Pública adstrita ao princípio da legalidade, conforme consigna o art. 37 da Constituição Federal, só podendo fazer aquilo que a lei determina e não aquilo que a lei não proíbe. Assim, as formas de terceirização na Administração Pública deverão estar respaldadas em lei, sob pena de ilegalidade.⁵⁴

Tal princípio constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, na medida em que a lei, ao mesmo tempo em que a lei os define, impõe os limites da atuação da Administração que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.⁵⁵

No direito positivo brasileiro, além do referido art. 37, o princípio da legalidade é previsto no inciso II, do art. 5º e assegurado, também, no inciso XXXV do mesmo artigo, todos da Constituição Federal.

Conforme dito anteriormente, na terceirização, busca-se o provimento de uma função, para prestação de um serviço, o que, no âmbito da Administração Pública, por exigência legal, é feito por meio da licitação, procedimento seletivo impessoal, visando assegurar igualdade, impessoalidade, competitividade e a opção pelo sistema de mérito.⁵⁶

2.2 A terceirização e a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho

No âmbito do Direito do Trabalho o instituto da terceirização foi muito criticado, eis que muitas vezes utilizado para burlar os direitos trabalhistas envolvidos na relação entre o prestador e o tomador de serviço.

⁵³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização-privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2000, p. 191.

⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 156.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 67.

⁵⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização-privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris: 2000, p. 193.

Com o decorrer do tempo, em que pese a restrição legislativa, a terceirização, na prática, passou a ser realizada amplamente. Buscando unificar entendimento sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho editou, em 1986, a Súmula nº 256, que posteriormente foi cancelada em virtude da edição da Súmula nº 331, *in verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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 personalidade 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

O atual entendimento jurisprudencial prescreve lícita a terceirização nos casos de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços (art. 2º, Lei nº 6.019/74); atividades de vigilância, conservação e limpeza e serviços especializados relacionados a atividade-meio do tomador.

Na terceirização lícita, há relação jurídica entre trabalhador e empresa – fornecedora de serviços –, de natureza trabalhista, aqui, aplicam-se as normas que regem as relações empregatícias. Há, ainda, a relação entre essa e a empresa que a contrata – tomadora de serviços –, de natureza comercial, aqui, os direitos e obrigações

entre as mesmas decorrem de disposições contratuais e legais aplicáveis a essa mesma relação contratual.⁵⁷

Contudo, a terceirização tem sido instrumento para minar os direitos dos trabalhadores. Segundo Henrique Macedo Hinz, é imperiosa a diferenciação entre terceirização de serviços lícita e ilícita:

A doutrina mais autorizada costuma classificar a terceirização como sendo *lícita* ou *ilícita*, sendo que, na primeira, a terceirização se daria nas atividades-*meio*, gerando a responsabilidade subsidiária do tomador por eventuais créditos do trabalhador não saldados pelo fornecedor dos serviços, e na segunda, a terceirização ilícita, realizada nas atividades-*fim*, tornaria nulo o liame jurídico entre o trabalhador e o fornecedor de seus serviços, gerando o vínculo empregatício diretamente entre o trabalhador e o tomador de seus serviços.⁵⁸

No âmbito da Administração Pública o tema em questão tem conseqüências graves, pois, ainda que verificada a ilicitude na contratação de trabalhadores por meio de empresas interpostas, o art. 37, II, da Constituição Federal exige o concurso público para a investidura de cargo ou emprego público, impossibilitando o reconhecimento do vínculo de emprego. Entendimento este, acolhido pela atual jurisprudência, consolidado pelo inciso II, da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Este entendimento é alvo de críticas, na medida em que representa manifesto benefício ao tomador do serviço, responsável pela prática ilícita, a par de representar violação ao princípio da proteção que informa todo o Direito do Trabalho e, por conseqüência, o instituto da nulidade trabalhista.⁵⁹

Ao dispor sobre a terceirização no âmbito da Administração Pública, Marcos Souto bem sintetiza o funcionamento da atividade administrativa do Estado, revelando a licitude do instituto:

25_____

⁵⁷ HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005, p. 138.

⁵⁸ HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005, p. 136.

⁵⁹ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>>. Acesso em 11.09.2008.

A regra é que, para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo público e provido por um servidor selecionado através de concurso público. Só que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do Poder Público, notadamente as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não exijam uso de força ou independência no controle podem (e, muitas vezes, devem) ser terceirizadas (sequer havendo necessidade de restabelecer o regime celetista para servidores públicos; basta que os cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, sejam reservados às funções típicas de Estado, liberando-se a terceirização para outras funções típicas de Estado, que podem compreender diversas formas de parceria que não apenas o vínculo celetista com o prestador do serviço).⁶⁰

Dentro dessa concepção, a terceirização nada tem de ilícito, e encontra seu fundamento legal no parágrafo único do art. 170, da Carta Política, e 594 do Código Civil.

De acordo com Jorge Luiz Souto Maior, a edição da Súmula nº 331 legalizou a prática da terceirização, mas não alterou seu efeito principal: o desmantelamento da ordem jurídica protetiva do trabalhador. Afirmo o jurista, que tal Súmula legalizou a mera intermediação de mão-de-obra, considerada ilícita no Brasil, conforme orientava a Súmula nº 256 do Tribunal Superior do Trabalho. A perspectiva da Súmula foi apenas a do empreendimento empresarial, permitindo que a terceirização passasse a ser utilizada como técnica de precarização das condições do trabalho.⁶¹

É necessário que se tenha em mente que a terceirização não é, *per si*, ilegal, como não se pode pretender que o tomador ou fornecedor da mão-de-obra terceirizada estará sempre visando a prejudicar os trabalhadores.⁶²

José Pinheiro Castelo, ao analisar a responsabilidade no âmbito laboral, afirma que:

26

⁶⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização-privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris: 2000, p. 189.

⁶¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Revista do TST, Brasília, vol. 70, nº 1, jan/jul 2004, p. 120-121.

⁶² HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005, p. 144.

Na pós-modernidade, todos aqueles agentes econômicos que desenvolvem atividade que utilize ou se beneficie de qualquer forma da prestação de serviço, **por meio da intermediação lícita ou ilícita de mão-de-obra**, devem assumir os riscos da atividade econômica análogos aos do empregados.⁶³ (Grifo nosso).

Interessante situar o embasamento histórico e jurídico que permearam a edição das Súmulas nºs 256 e 331 do Tribunal Superior do Trabalho. A fundamentação para a edição do último verbete teve por base o art. 10, do Decreto-lei nº 200/67; art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/70; Leis nºs 6.019/74 e 7.102/83 e o art. 37, II, da Carta Magna.

Verificando-se os acórdãos que levaram á edição da Súmula nº 256, nota-se que muitos dos precedentes diziam respeito a empresas de limpeza terem vínculo com a tomadora de serviços. Sérgio Pinto Martins explica:

Entendia-se que havia fraude em tal procedimento, pois o empregador trabalhava na tomadora dos serviços, embora fosse funcionário da prestadora dos serviços, deixando de ter os benefícios da empresa tomadora. Num primeiro plano, só era, portanto, válida a terceirização em relação ao trabalho temporário e ao serviço de vigilância, sendo ilegal a contratação de trabalhadores pela empresa tomadora de serviços, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o beneficiário dos serviços prestados. (...) O que se observa, contudo, do texto do Enunciado 256 do TST e das propostas de sua redação é que não foi proibido a uma empresa contratar serviços de outras; contudo, pela redação do referido verbete, a terceirização de limpeza e conservação estaria proibida.⁶⁴

E ainda:

O Ministério Público do Trabalho, com base no inciso VI do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, vinha ajuizando inquéritos civis públicos em face do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, que contratavam principalmente estagiários, com o objetivo de eximirem-se da realização de concursos públicos para admissão de trabalhadores estudantes ou desqualificados. Aqueles órgãos afirmavam que havia decisões do próprio TST, que de fato existiam, mitigando a aplicação do Enunciado 256 do TST, além de permitir que fizessem contratações de serviços de limpeza e outros, de acordo com a Lei nº 5.645/70. O inquérito ajuizado contra a Caixa Econômica Federal acabou dando

27

⁶³ CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito material e processual do Trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003, p. 343.

⁶⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 131.

origem à ação civil pública, que foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, reconhecendo-se as irregularidades existentes.⁶⁵

No que concerne à responsabilidade subsidiária imputada à Administração Pública pelo item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, este tópico será devidamente analisado nos próximos capítulos do presente estudo, quando se discutem os fundamentos da responsabilidade do tomador do serviço e a (in) constitucionalidade do § 1º do art. 71, da Lei nº 8.666/93.

3. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DO SERVIÇO

No modelo tradicional, a relação de emprego estabelece-se entre o trabalhador e o tomador do serviço. O contrato de trabalho é bilateral, oneroso e comutativo.⁶⁶ É de natureza privada, consensual, bastando para configurá-lo o acordo das partes; é sinalagmático, o que põe em relevo sua natureza bilateral; é comutativo, vez que estabelece direitos e obrigações para ambas as partes. Há, ainda, de ser permanente, habitual, devendo, portanto, ser de trato sucessivo.⁶⁷

Entretanto, com a evolução histórica, a era moderna introduziu novas formas de contratação. Infelizmente, ao lado do progresso, as novas relações contratuais vieram acompanhadas de empreendedores que criavam suas empresas prestadoras de serviços que não tinham condições ou não cumpriam, dolosamente, suas obrigações trabalhistas.

Atenta a esse fenômeno e com a preocupação de conferir efetividade à execução e garantia à satisfação do direito do credor, máxime diante de seu manifesto cunho alimentar, a jurisprudência dominante sedimentou o entendimento de que "O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)". Esta é a redação dada pela Resolução TST nº 96, de 11.09.2000, ao inciso IV, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho.⁶⁸

29

⁶⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração pública na terceirização de serviços*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>>. Acesso em 11.9.2008.

⁶⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada: legislação, doutrina, jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 171-172.

⁶⁸ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração pública na terceirização de serviços*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>>. Acesso em 11.9.2008.

Várias são as teorias que sustentam a responsabilidade do tomador do serviço pelo cumprimento dos créditos trabalhistas.

A teoria da responsabilidade civil objetiva decorre do dano causado por ato doloso ou culposo. Fundamentada nos art. 186 e 927, *caput*, do Código Civil.⁶⁹ Conforme preceitua o art. 8º, parágrafo único, da CLT, esta regra pode ser usada subsidiariamente no âmbito laboral.

Para os adeptos dessa teoria, a responsabilidade do tomador do serviço fundamenta-se nas culpas *in eligendo* e *in vigilando*. O tomador de serviço agiu com culpa ao contratar empresa fornecedora que não adimpliu com seus encargos trabalhistas, e se omitiu, ao não fiscalizar o cumprimento dessas obrigações.

A teoria do abuso do direito é fundada no art. 187, do Código Civil.⁷⁰

O entendimento pátrio é de que o que “caracteriza o abuso de direito é o ‘anormal exercício’, assim entendido aquele que se afasta da ética, da boa-fé, da finalidade social ou econômica do direito, enfim, o que é exercido sem ‘motivo legítimo’.”.⁷¹

Ilse Marcelina afirma:

Embora seja assegurado às empresas, por força dos princípios gerais da atividade econômica, em especial da livre iniciativa e da livre concorrência (Constituição Federal, art. 170), delegar a terceiros atividades especializadas ou de mero apoio, a fim de concentrar-se na atividade finalística, buscando assim maior eficiência e produtividade, não lhes é dado abusar desse direito, contratando prestadoras de serviços economicamente inidôneas e incapazes de assegurar os direitos dos trabalhadores contratados para execução do contrato interempresarial e, ainda assim, pretender se eximir de qualquer

⁶⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁷⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁷¹ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F; BONDIDI, Luís Guilherme Aidar. *Código Civil e legislação Civil em vigor*. 27. ed. São Paulo, Saraiva: 2008, p. 103.

responsabilidade, quando notoriamente beneficiaram-se diretamente da força de trabalho.⁷²

A teoria da responsabilidade civil objetiva tem fundamento no parágrafo único do art. 827 do Código Civil⁷³ e na teoria do risco. “De acordo com a teoria objetiva, o dever de ressarcir prejuízos é atribuído àquele que explore determinada atividade ou pratique determinados atos suscetíveis de causar danos a terceiros.”⁷⁴

A teoria do risco se subdivide na teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. A primeira admite excludentes da responsabilidade civil do Estado, nos casos de culpa exclusiva de terceiro e caso fortuito e força maior; a segunda não admite exceções.

O *caput* do art. 2º da CLT dispõe: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”. Assim, por lei, está obrigado, o empregador, a suportar os riscos do negócio, satisfazendo não apenas os trabalhadores diretamente contratados, mas também aqueles agregados pelas empresas prestadoras de serviço, pois ambos fazem proveito da energia dos trabalhadores.⁷⁵

E ainda, de acordo com o artigo supramencionado (*caput* e § 2º), art. 10 e 448, da CLT, e § 2º do art. 3º, da Lei nº 5.889/73, empregador é o próprio patrimônio moral,

31

⁷²LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração pública na terceirização de serviços*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>> Acesso em 11.9.2008.

⁷³ Art. 927. (...)

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁷⁴ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1006.

⁷⁵ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração pública na terceirização de serviços*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>> Acesso em 11.9.2008.

mobiliário e imobiliário que envolve a empresa, envolvendo o patrimônio e a responsabilidade solidária ou subsidiária dos sócios e das empresas.⁷⁶

Para fortalecer os argumentos a favor da responsabilidade do tomador do serviço pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de empresa prestadora de serviços, utiliza-se o art. 421, do Código Civil, que explicita a função social do contrato. A cláusula geral da função social do contrato é consequência do princípio constitucional previsto no art. 3º, inc. I, da Constituição Federal, consagrador dos valores da sociedade livre, justa e solidária. De acordo com tal interpretação, o contrato não deve restringir-se ao prisma formal e seus efeitos se refletirem apenas no plano econômico, deve, também, ser observada sua função social, na qual se insere a justa, adequada e efetiva remuneração da força laboral.⁷⁷

Citando mais uma vez Ilse Marcelina:

Os princípios constitucionais, com sua inequívoca carga normativa, também representam alicerce inquebrantável à teoria da responsabilidade do tomador dos serviços na terceirização. Com efeito, a Constituição Federal, em diversos dispositivos, de que são exemplos o art. 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana) e inciso IV (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado de Direito), art. 3º, inciso I (construção de sociedade livre, justa e solidária como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil), art. 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos), art. 6º (consagração dos direitos sociais) e art. 170, inciso III (função social da propriedade), conferiu manifesta prevalência à proteção do trabalho humano e dos créditos trabalhistas. A concretização de tais princípios é que deve orientar a interpretação de todas as normas que integram o ordenamento jurídico, com a consequente assecuração, a quem trabalha, da contraprestação de seu labor, postura indispensável para assegurar o chamado mínimo existencial, elemento fundamental da dignidade humana.⁷⁸

32

⁷⁶ CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito material e processual do Trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003, p. 337.

⁷⁷ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração pública na terceirização de serviços*. disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>>. Acesso em 11.9.2008.

⁷⁸ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração pública na terceirização de serviços*. disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>>. Acesso em 11.9.2008.

3.1 Responsabilidade da Administração Pública

Conforme dito anteriormente, entende a doutrina e a jurisprudência majoritárias, que responde, subsidiariamente, a Administração Pública, pelos créditos trabalhistas na hipótese de terceirização, com supedâneo na teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, entendimento este, balizado no item IV, da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

A teoria da responsabilidade civil do Estado foi tema no julgamento do Recurso Extraordinário nº 178.806-2/RJ, cuja ementa insta aqui ser transcrita, para um entendimento mais aprofundado do tema, *in litteris*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. Constituição Federal, art. 37, par. 6..

I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.

II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

III. - No caso, não se comprovou culpa da vítima, certo que a ação foi julgada improcedente sobre o fundamento de não ter sido comprovada a culpa do preposto da sociedade de economia mista prestadora de serviço. Ofensa ao art. 37, par. 6., da Constituição.

IV. - R.E. conhecido e provido. (RE nº 178.806/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 30.06.1995).

Segundo o voto-condutor:

Pode-se afirmar, em síntese, que a responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade do Estado, ocorre, em síntese, vale repetir, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.

A teoria objetiva se fundamenta no risco, o qual admite duas modalidades, o risco administrativo e o risco integral. Conforme o disposto no acórdão acima, de acordo com a Corte Suprema, a responsabilidade do Estado é objetiva, com base no risco administrativo.

Para Di Pietro, a doutrina do risco, adotada pelo Conselho de Estado francês, baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, o mesmo deve acontecer com os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade. “Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado”.⁷⁹

De acordo com a teoria do risco administrativo, são admitidas duas excludentes de responsabilidade: a culpa exclusiva de terceiro e o caso fortuito e força maior.⁸⁰

A responsabilidade patrimonial do Estado encontra fundamento, também, no próprio crescimento do aparelho estatal e, para acompanhar o aumento na demanda de serviços, necessita de um complexo aparato técnico e conceitual. A dilatação das funções públicas traz consigo um risco de causar danos aos cidadãos. Por meio de suas ações ou omissões, o Estado pode causar prejuízos, e é obrigado à solidariedade social, ou seja, é obrigado a assumir a responsabilidade do ato.⁸¹

Sustenta João Batista Gomes Moreira que:

O Estado, no desempenho de suas atividades, cria situações de perigo e causa efetiva e freqüentemente danos ao particular, pelos quais deve responder com o patrimônio formado pelos tributos pagos pela sociedade, em benefício da qual foi instituído.⁸²

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 527.

⁸⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1007.

⁸¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 339-340.

⁸² MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 423.

O § 6º do art. 37, da Carta Magna, dispõe que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”.

Corroborando tal entendimento, o art. 43 do Código Civil prevê que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Daí resulta o entendimento em que o Estado responde, objetivamente, nos casos em que seu próprio comportamento gera o dano, mas também nas situações em que o dano é causado não por sua atuação, mas por uma atividade dele. A terceirização de serviços enquadra-se nessa hipótese.

O Estado celebra contrato de prestação de serviços, provocando a contratação de trabalhadores pela prestadora dos serviços. Esta, ao se não satisfazer os créditos trabalhistas de seus empregados, causa o dano, em cuja relação primária, participou o Estado.

Entretanto, a lei não prevê expressamente a responsabilidade subsidiária decorrente da orientação do inciso IV, da Súmula nº 331 do TST. Ocorre, contudo, que a tomadora é beneficiada da prestação de serviços do autor, devendo responder subsidiariamente, conforme orienta tal inciso. Não é possível determinar o retorno do empregado ao *status quo ante*, vez que sua energia de trabalho não pode ser devolvida. Merecendo receber de quem foi beneficiado pela prestação dos serviços.⁸³

O não-pagamento das verbas devidas ao empregado mostra a inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços. Indicando que o Estado, como tomador dos serviços, ocorreu em *culpa in eligendo* e *in vigilando*, pela escolha inadequada de

35_____

⁸³ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 140.

empresa inidônea financeiramente e por não a fiscalizar visando ao cumprimento das obrigações trabalhistas.⁸⁴

De acordo com o Tribunal Superior do Trabalho, a Administração Pública responde pelos atos de seus prepostos. E, uma vez beneficiada pela prestação de serviços, deve responder pelo inadimplemento do prestador dos serviços, pois tem *culpa in eligendo* na escolha de parceiro inadequado e *in vigilando*, por falta de fiscalização quanto às verbas trabalhistas devidas ao empregado.⁸⁵

Portanto, a atribuição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, quando da terceirização de serviços, prevista no inciso IV, da Súmula nº 331, do TST, está em harmonia com o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, na medida em que se fundamenta na responsabilidade objetiva, sob a modalidade do risco administrativo.⁸⁶

3.2 Princípios da Legalidade e Moralidade e a Administração Pública

Buscando aperfeiçoar a questão discutida neste trabalho, qual seja, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos trabalhistas, quando inadimplente o contratado, julgamos necessária uma explanação sobre alguns dos princípios que regem a Administração Pública, afinal, para aqueles que entendem estar a Administração isenta de qualquer responsabilidade, além da aplicação literal do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, têm como argumento o princípio da legalidade para expurgar a aplicação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Da leitura do art. 37, da Constituição Federal, vê-se que o Constituinte reportou expressamente à Administração Pública, direta e indireta, apenas cinco princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Contudo, conforme ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello

36

⁸⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 140.

⁸⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 150.

⁸⁶ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços*. disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>> Acesso em 11.9.2008.

inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como conseqüências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.⁸⁷

Para o administrativista Carlos Pinto Coelho Motta,

princípios constitucionais são regras em sentido amplo, comportando elevado grau de abstração, aplicáveis em qualquer situação com fins de coordenar, direcionar, condicionar ou integrar a criação, interpretação ou aplicação das demais normas, constitucionais ou infraconstitucionais.⁸⁸

Dispõe João Batista Gomes Moreira que “princípios são generalizações de normas, valores-sínteses ou balizas que orientam a produção, sobretudo a interpretação e a aplicação do Direito, dando coerência e consistência ao sistema normativo”.⁸⁹

Como não poderia ser diferente, também no Direito Administrativo os princípios representam grande importância para que se estabeleça o equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. Os dois princípios fundamentais que decorrem dessa bipolaridade, são os princípios da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular. Tais princípios são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais.⁹⁰

Em verdade, ao lado do controle judicial da Administração Pública e da proteção ao direito da propriedade, o princípio da legalidade constitui uma das maiores conquistas do Estado de Direito.⁹¹

37

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malhios, 2007, p. 92.

⁸⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 91-92.

⁸⁹ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 405.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 67.

⁹¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 95.

Especificamente no que concerne ao princípio da legalidade, este constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que define, estabelece os limites da atuação da Administração Pública que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. Segundo Di Pietro, “é aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre de lei”.⁹²

Segundo a autora, tal princípio pode também ser chamado de princípio da finalidade pública e está presente tanto na elaboração da lei, como na sua execução em concreto. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa.⁹³ E exatamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever, são aqueles que ela não pode deixar de exercer.⁹⁴

Ressalte-se que não se busca aqui discutir nomenclaturas ou institutos peculiares ao ramo do Direito Administrativo. Busca-se apenas traçar uma seqüência lógica de raciocínios para que se possa entender não apenas quais os princípios inerentes a esse ou aquele ramo do Direito, e sim, qual o melhor argumento jurídico que fundamente a responsabilidade, ou não, da Administração Pública pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela tomadora de serviços terceirizados.

Outrossim, tem-se como princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo brasileiro, o princípio da legalidade. É fruto da submissão do Estado à lei.⁹⁵

É a consagração da idéia de que toda e qualquer atividade Administrativa deve estar em conformidade com a lei. Daí surge o entendimento de que estando a Administração sujeita ao cumprimento de certas finalidades, (finalidades estas que servem para alcançar o bem maior), qual seja, o bem da coletividade, atua, portanto, a

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 67.

⁹³ *ibidem*, p. 68.

⁹⁴ *ibidem*, p. 70.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 96-97.

Administração Pública, em nome do interesse público, e sempre em conformidade com a lei.

Assim, “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”.⁹⁶

Contudo, tal princípio deve ser compreendido não como um limite intransponível, mas como uma referência na promoção do interesse público primário, a partir das normas e princípios constitucionais.⁹⁷

Parafraseando Marcello Caetano, a organização da garantia dos direitos e interesses legítimos dos particulares é, inquestionavelmente, o ponto essencial do Direito Administrativo: sem ela não existem relações jurídicas, porque não haverá possibilidade de obrigar a Administração a cumprir os deveres assumidos segundo a lei.

⁹⁸

Ressalta o jurista português,

não se deve esquecer de que a observância da legalidade se justifica por si mesma, independentemente do valor que reveste como protecção dos particulares que travam relações com a Administração. O interesse público a prosseguir, os órgãos e agentes incumbidos de o fazer, os poderes funcionais de que uns e outros lançam mão para o efeito e ainda, em maior ou menor medida, as formas de agir e os meios de acção a adoptar – tudo são aspectos que à lei cabe definir e regular em termos que a Administração deve respeitar. E porque o interesse colectivo exige o respeito das leis em vigor pela Administração mesmo que a actuação desta não contenda com as situações subjetivas dos particulares, não basta que existam e funcionem garantias dos administrados: importa também organizar garantias de legalidade.⁹⁹

Importante apontar, ainda que sucintamente, o Princípio da Moralidade. Afirma Lucas Rocha Furtado:

39_____

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malhios, 2007, p. 98.

⁹⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 405.

⁹⁸ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

⁹⁹ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

a moralidade administrativa é o instrumento conferido pela Constituição Federal aos responsáveis pelo controle da Administração Pública de que se possa exigir da Administração, sob pena de ilegitimidade dos atos decorrentes de condutas imorais, comportamento que, além de cumprir as exigências legais, seja ético (...), observe padrões de boa-fé, de honestidade, que não incorra em desvio de finalidade etc.¹⁰⁰

O Princípio da Moralidade traduz o fato de que a Administração Pública deve obedecer não somente à lei, mas também à moral. Tal princípio deve significar o respeito, pelo administrador, no exercício de suas funções, aos princípios éticos da razoabilidade, justiça e probidade. A moralidade exige a proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir.¹⁰¹ Contudo, o princípio deve ser observado, também, pelo administrado.

Citando mais uma vez Di Pietro:

Certamente, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de **ilegalidade**, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder o vício esteja na consciência ou intenção de que pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O **direito** ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à **moral**.¹⁰²

Destarte, o princípio deve ser observado, também, pelo administrado que se relaciona com a Administração. Exemplos freqüentes de ofensa ao princípio em tela, ocorrem nos casos de licitação. A existência dessa moral não pode deixar sem sanção os atos que, embora legais, atentem contra ao senso comum de honestidade, de justiça e igualdade.

Alerta Maria Alice Gonzalez Borges:

muitas vezes, há um profundo esquecimento de que, desse salutar e fundamental princípio, erigido entre nós em categoria constitucional, decorre e exsurge um outro, altamente relevante e indispensável para o aperfeiçoamento das instituições administrativas, que é o princípio da

¹⁰⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 104.

¹⁰¹ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org). *O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 282-383.

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 77.

boa-fé nas relações jurídicas entre a Administração Pública e os seus cidadãos.¹⁰³

Motta ensina que “o oposto da moralidade reside precisamente na terrível patologia da corrupção, que rodeia vários institutos do Direito Administrativo, como: a licitação, a contratação de serviços ou o provimento de cargos públicos”.¹⁰⁴

Alfim, para finalizar o presente tópico, relembramos que

princípios gerais de Direito são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém como um dado externo, mas como *uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento*. É que os diversos institutos nele compreendidos – quando menos considerados em sua complexidade íntegra – revelam, nas respectivas composturas, a absorção dos valores substanciados nos sobreditos princípios.¹⁰⁵

Sem sombra de dúvidas, a efetiva realização dos postulados do Estado Democrático de Direito pressupõe o direito do cidadão a ser governado por uma Administração honesta, leal, segura e confiável.¹⁰⁶

3.3 Do art. 71 da lei de licitações (lei nº 8.666/93) e o privilégio estabelecido para a Administração Pública

Dispõe o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sobre licitações e contratos públicos, *in verbis*:

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

41 _____

¹⁰³ BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Temas de Direito Administrativo Atual: Estudos e Pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 188.

¹⁰⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 112.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malhieres, 2007, p. 118.

¹⁰⁶ BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Temas de Direito Administrativo Atual: Estudos e Pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 192.

§ 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.

§2º [...]

O legislador ordinário excluiu a Administração Pública de qualquer responsabilidade pelos encargos trabalhistas devidos pelo contrato administrativo firmado entre a empresa prestadora de serviços e o órgão público. Contudo, o Judiciário, principalmente as Cortes trabalhistas, tem negado vigência ao dispositivo supracitado, aplicando, para tanto, o item IV, da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Antes de concluirmos pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei nº 8.666/93, é preciso analisar os argumentos que fundamentam as correntes que tratam do assunto.

De fato, na prática, a jurisprudência pátria tem aplicado a Súmula nº 331 do TST, negando, assim, vigência ao referido artigo. Tramita hoje, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, interposta pelo Governador do Distrito Federal, requerendo seja declarada a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

Para a corrente que nega vigência à Súmula editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, a referida Súmula, ao afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto ao adimplemento das obrigações trabalhistas, está em total contrariedade ao comando legal imposto pela Lei Federal.

Como visto, por meio do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, determina-se que ao contratado pela Administração Pública, por meio de licitação, é que recaem os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não havendo, portanto, qualquer responsabilidade por parte da Administração.

Conforme dito anteriormente, doutrina e jurisprudência fundam a responsabilidade do tomador dos serviços na culpa *in eligendo* e *in vigilando*, por ter agido com culpa ao contratar empresa fornecedora que violou os direitos dos trabalhadores e por não fiscalizá-la quanto ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas.

Para aqueles que refutam tal corrente, primeiramente contra a culpa *in eligendo*, considera-se que dentro de um regime capitalista, é razoável que a empresa tomadora de serviços contrate os serviços da empresa que melhor oferecer preços e condições, afinal, esse é um dos fundamentos do instituto da terceirização.¹⁰⁷

Contra a culpa *in vigilando*, argumenta-se que a tomadora de serviços não tem competência fiscalizatória, não podendo exigir da fornecedora, a exibição de seus livros e registros fiscais, competência esta dada à autoridades estatais. Dessa feita, se as autoridades competentes não constatarem o descumprimento de tais obrigações, como exigir que a empresa tomadora de serviços se responsabilize? Não seria então, o Estado responsável pelos atos da empresa fornecedora?¹⁰⁸

Para HINZ, para responder às perguntas, há de se considerar o aspecto teleológico do direito do trabalho, que visa, sempre, a melhoria das condições de trabalho dos trabalhadores, prevista expressamente na Carta Maior, em ser art. 7º. Mas conforme afirma o autor, importa, também, a observância do art. 421 do Código Civil, segundo o qual, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.¹⁰⁹

Assim, o tomador de serviços deve, não somente decidir se contrata ou não empresa prestadora para o desempenho de atividades, que seriam de sua

43

¹⁰⁷ HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005, p. 139.

¹⁰⁸ HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005, p. 139.

¹⁰⁹ HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005, p. 139.

responsabilidade, tendo em mente o aspecto econômico, mas também os aspectos sociais aí envolvidos.

Nesse sentido, é necessário analisar mais uma vez as culpas *in eligendo* e *in vigilando*.

A capacidade do empresário de obter informações para o desenvolvimento de suas atividades, como os custos e encargos fiscais, são consideradas como instrumento de sua atuação. Quanto maior o acesso às informações, maior a chance de ter seu negócio bem sucedido. O mesmo raciocínio se enquadra na terceirização de serviços, afinal, contratante e contratado devem buscar o maior número de informações sobre seus parceiros contratuais.¹¹⁰

Para HINZ, reside aí a eventual culpa *in eligendo*:

pode o tomador apurar, face aos salários médios praticados no mercado aos trabalhadores que exercem os serviços disponibilizados pela empresa fornecedora, se essa terá como arcar com os salários, encargos fiscais e previdenciários sobre o mesmo incidentes, os encargos tributários decorrentes do exercício da atividade da fornecedora, bem como sua eventual margem de lucro.

Com essas considerações simples, de ordem mesmo matemática, saberá o tomador se a empresa fornecedora de serviços terceirizados é cumpridora de suas obrigações frente aos seus empregados e o Fisco, ou não.¹¹¹

Quanto à culpa *in vigilando*, pode a empresa tomadora fazer constar no contrato a ser celebrado, que a empresa fornecedora de serviços forneça, periodicamente, a relação dos trabalhadores que lhe prestaram serviços, seus cartões de ponto, comprovantes de pagamento de salários, guias de FGTS, INSS e demais

44 _____

¹¹⁰HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005, p. 140.

¹¹¹HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005, p. 140.

encargos trabalhistas.¹¹² Uma atitude simples e legal, que pode refutar essa modalidade de culpa.

Dentre os juristas legalistas, o princípio da legalidade não só limita, mas também condiciona a atuação da Administração Pública, uma vez que ao Poder Público só é dado fazer aquilo que estiver previsto em lei. Desse modo, os requisitos para participar da licitação são aqueles expressamente exigidos em lei. Assim, por total falta de disposição normativa, não se pode exigir outra documentação, que não a prevista na Lei Federal que regulamenta as Licitações, qual seja, a Lei nº 8.666/93, nem antes, nem depois da contratação.

E ainda, a Administração Pública não poderia arcar com os débitos trabalhistas dos prestadores de serviços, porque os obreiros terceirizados não teriam vínculo empregatício ou estatutário com as tomadoras de serviço, vez que não houve contratação por concurso público, conforme previsto no inciso II, do art. 37, da Constituição Federal.

Daí, a ausência de vínculo entre os obreiros e a Administração resultaria na inexistência de responsabilidade desta pelos créditos trabalhistas inadimplidos, vez que a falta de concurso público é ilegal para ambas as partes.

Destarte, a responsabilidade civil do Estado já foi questionada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes:

Por mais que se faça um pretense juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo "à brasileira", no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados.

A consideração central a se fazer é, se determinados planos econômicos ou se determinadas políticas públicas afetaram toda a sociedade, por que razão pretenderiam alguns privilegiados encontrar numa atuação global do Poder Público um nexo de causalidade com

eventual prejuízo. Essa obscura lógica só pode encontrar respaldo numa visão distorcida de Estado, protetora de privilégios e de corporativismos.

É necessário, portanto, identificar-se no Estado Democrático de Direito a formação do interesse público calcado em interesses universalizáveis e publicamente justificáveis. As razões e os interesses forjados em um discurso e uma prática corporativa, em sentido contrário, são unilaterais, sectários, e, freqüentemente, obscurantistas.

O que tem ocorrido, lamentavelmente, é a usurpação de instrumentos normativos destinados à proteção da cidadania para proteger privilégios (...). A tarefa de todos, nesse contexto, é desenvolver uma percepção crítica, para permitir-se a identificação e a denúncia das tentativas ilegítimas de apropriações indevidas de recursos da sociedade brasileira.¹¹³

Contudo, à luz da totalidade dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à situação em tela, não se pode analisar os arts. 5º, II, 37, *caput*, e inciso II, da Carta Magna, sob uma interpretação restritiva, permitindo que o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da Administração seja obstado pela inexistência de vínculo funcional entre esta e os trabalhadores terceirizados.

Isto porque em que pese a inexistência de vínculo, o obreiro dispensou sua força de trabalho, razão pela qual faz juz à percepção de contraprestação pelos serviços prestados, seja por parte da empresa prestadora ou do ente tomador.¹¹⁴

Conforme estudado anteriormente, o conceito de trabalho e seu valor social, elencado pela Constituição Federal, compreende o meio pelo qual o trabalhador assegura sua existência digna. O piso protetivo assegurado pela Carta Política abrange o direito à remuneração, “a compreender não só a contrapartida devida aos obreiros

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=495>>. Acesso em 1º de dezembro de 2008.

¹¹⁴ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10779>>. Acesso em 29 de outubro de 2008.

por quem se vale de seu labor, como também a prestação essencial à subsistência dos trabalhadores enquanto seres humanos dotados de necessidades vitais”.¹¹⁵

Portanto, o direito de receber salários adequa-se com o princípio da dignidade, pois em geral o trabalhador tem apenas na remuneração de seu labor os recursos necessários para assegurar o chamado mínimo existencial.

Convém ressaltar que a reiterada inadimplência das empresas prestadoras de serviços por fatores fraudulentos diversos, freqüentemente encarada pelo Judiciário Trabalhista, não pode ser ignorada pela Administração Pública ao contratar pessoas jurídicas terceirizadoras de mão-de-obra.

Assim,

se o que se espera da Administração Pública é, justamente, a atuação em defesa do interesse público e da ordem social - aí incluídos, por evidente, os direitos trabalhistas, tem-se que a adoção de uma postura omissa do Estado quanto à fiscalização das empresas prestadoras de serviços por ele contratadas configura violação às expectativas legítimas dos trabalhadores e dos cidadãos em geral tuteladas pelo princípio da boa-fé nesse particular.¹¹⁶

E ainda,

o postulado da boa-fé, corolário do princípio da moralidade, exige da Administração Pública uma postura de constante fiscalização em torno das sobreditas empresas, não só durante a execução dos respectivos contratos, como também antes de seu estabelecimento. Falhando o Estado nesse desiderato, afigura-se plenamente razoável supor que caberá a si a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por aqueles que se encontravam em sua esfera de vigilância.¹¹⁷

47

¹¹⁵ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST.* Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10779>> Acesso em 29 de outubro de 2008.

¹¹⁶ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST.* Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10779>> Acesso em 29 de outubro de 2008.

¹¹⁷ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e*

A restrição estabelecida pelo legislador, no § 1º do art. 71, da Lei nº 8.666/93, nesse contexto afastar-se a responsabilidade do Estado, significa deixar o trabalhador ao desamparo, atitude que não se coaduna com o significado e objetivo dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Conforme por diversas vezes demonstrado no decorrer do presente estudo, os Direitos Fundamentais são o núcleo essencial para que se mantenha a ordem no Estado Democrático de Direito.

Estado este que deve ser guiado sempre de acordo com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, seguindo os ideais de justiça, igualdade e solidariedade. E é profunda a imbricação entre direitos fundamentais, dignidade da pessoa, e o Direito do Trabalho.

O conceito de trabalho e seu valor social, prescritos na Carta Magna, compreende o meio pelo qual o obreiro garanta uma existência mínima, garantia essa inconteste na medida em que assegurado, pela Constituição Federal, o direito à remuneração.

Os direitos fundamentais se destacam no âmbito laboral vez que servem para estabelecer limites à precarização das relações de emprego, donde se insere a terceirização, como fenômeno atual e irreversível.

Em que pese o legislador infra-constitucional ter editado lei disciplinando o instituto, na prática a terceirização tem sido utilizada de forma mais ampla. Daí o Tribunal Superior do Trabalho editou súmula, buscando unificar o entendimento acerca do tema, atualmente, enunciado no item IV, da Súmula 331, no qual se determina a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço, inclusive da Administração Pública, na hipótese de inadimplemento dos créditos trabalhistas.

O legislador ordinário, ao editar o § 1º, do art. 71, da Lei nº 8.666/93, excluiu a Administração Pública da responsabilidade de quitar os débitos trabalhistas devidos pelo contrato de trabalho firmado entre empresas e a Administração. Entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho vem negando vigência ao dispositivo.

Nesses casos, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, representam alicerce para a responsabilização da Administração Pública.

Isto porque, o direito de perceber salários é inerente à própria dignidade da pessoa, pois esta, normalmente, tem apenas na remuneração do serviço prestado os recursos necessários para assegurar o mínimo existencial.

A atribuição de responsabilidade à Administração nos casos em tela, é lastreada, ainda, na responsabilidade objetiva, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988.

A defesa dos direitos fundamentais integra o núcleo essencial das funções do Poder Judiciário. Assegurar a satisfação dos créditos trabalhistas e recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais é meio de promover a dignidade humana, princípio situado no ponto central das leis e cujo papel normativo é elemento de legitimação da autoridade e do Estado no caminho de resgate dos direitos sociais.

E é com base nos Direitos Fundamentais consagrados na Carta Magna, especificamente com supedâneo no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que concluímos que deve ser, a Administração Pública, responsável pelos débitos trabalhistas devidos ao trabalhador, que emprestou a energia do labor ao Estado, restando merecedor da contraprestação, seja com base na culpa *in eligendo*, ou na culpa *in vigilando*.

O Estado, ao licitar com empresas fornecedoras de serviço, mesmo agindo em consonância com a lei, não pode se eximir, como garantidor da ordem social e econômica, de garantir o mínimo existencial ao cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada: legislação, doutrina, jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Temas de Direito Administrativo Atual: Estudos e Pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito material e processual do Trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003.

CHARLES, Ronny. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Parcerias na administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados*. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10779>>.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 3, set/dez 2005.

HINZ, Henrique Macedo. *A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 2, maio/ago 2005.

Lora, ilse marcelina bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11314&p=3>>

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Revista do TST, Brasília, vol. 70, nº 1, jan/jul 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=495>>.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F; BONDIDI, Luís Guilherme Aidar. *Código Civil e legislação Civil em vigor*. 27. ed. São Paulo, Saraiva: 2008.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org). *O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

POLÔNIO, Wilson Alves. *Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: Atlas, 2000.

SAYÃO Romita, Arion. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização-privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Os princípios social-trabalhistas na Constituição Brasileira*. Revista do TST, Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003.