

XI Encontro JUTRA – O Direito do Trabalho de mãos dadas – A indispensável solidariedade, sempre.  
26 a 27 de março de 2015, Faculdade de Direito, FOCCA, Olinda, PE

Grupo de Trabalho: GT- 1: Tema- A neo flexibilização e a violação – ou não - ao princípio da solidariedade

Princípio da solidariedade social e a responsabilização do Ente Público na terceirização de serviços

Fernanda Barreto Lira- Programa de Pós-Graduação em Direito- Doutorado- Universidade Federal de Pernambuco.

Endereço: Rua Professor Augusto Lins e Silva, 621, AP. 1901. Boa Viagem,- Recife-PE.

F: 96090982

E-mail: fernandablira@gmail.com

## RESUMO

O estudo versa sobre a responsabilidade do Estado sobre as relações trabalhistas surgidas no contexto da terceirização das atividades públicas. Identifica o fenômeno como precarizante e defende a existência de interesse público na preservação da dignidade do trabalho, donde a necessidade de responsabilização do Estado.

## ABSTRACT

The study deals with the state's responsibility for labor relations arising in the context of outsourcing of public activities . It identifies the phenomenon as weakening to workers and defends the existence of public interest in preserving the dignity of work , hence the need for state accountability.

## PALAVRAS CHAVE

Terceirização- precarização- responsabilidade

## KEY WORDS

Outsourcing- weakening- accountability

## INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a analisar a responsabilidade da Administração Pública pela inadimplência contratual das empresas de terceirização por ela contratadas. Não se trata, propriamente, de tema novo, mas sim, de matéria ainda bastante discutida, sobretudo em razão da divergência de pronunciamentos jurisprudenciais a respeito.

A propósito, recentemente, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16, afirmando a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, o qual versa sobre a responsabilidade dos Entes Públicos. Tal questão, ainda que possa ser resumida em poucas palavras, demanda a análise de múltiplos aspectos, sob pena de o posicionamento a seu respeito não ser suficientemente abrangente.

Desse modo, de início, o estudo buscou investigar os motivos do interesse da estratégia da terceirização e seu papel no desenvolvimento das atividades econômicas

contemporâneas; constatando, aqui, a inafastabilidade da respectiva utilização no contexto da economia de mercado, bem como o seu impacto sobre a organização do trabalho.

Em seguida, analisou a atuação sócio econômica do Estado contemporâneo, investigando a respectiva alternância de papéis, como provedor e regulador, e observando o modo de atuação em cada um desses papéis.

A compreensão desses dois elementos presta-se a tornar mais claras as razões pelas quais a terceirização veio a se tornar também inafastável do serviço público. Este, igualmente, é objeto de análise, de modo que se poderá entender com maior clareza o modelo de prestação de serviços que o Estado provê à sociedade. A noção de interesse público é também perquirida, em razão de reputar-se sua realização plena como sendo o principal objetivo da realização de todos os serviços pelo Estado.

Por fim, o último capítulo debruça-se sobre o tema da responsabilidade do Estado, analisando sua evolução e fixando, quanto ao tema da terceirização, um posicionamento embasado em todos os elementos previamente estruturados. Desse modo, espera-se que o estudo possa obter a atenção do leitor e que o conhecimento nele organizado sirva de contribuição para uma melhor compreensão da matéria tratada.

#### 1. Terceirização: surgimento e conceito

A análise do papel da terceirização nas estratégias corporativas revela que sua utilização decorre do desenvolvimento do capitalismo, o qual ensejou a multiplicação da circulação da riqueza, impondo o aumento dos patamares de lucratividade e, conseqüentemente, de competitividade das empresas.

Assim, fez-se necessário que se implementassem alterações nas estratégias produtivas, para reduzir os gastos, eliminar o desperdício e simplificar o organograma produtivo. Acresça-se a estes objetivos a busca pela melhoria na qualidade dos bens, por exigência do mercado, cujas demandas se sofisticaram.

Nesse contexto, gradativamente, observa-se a modificação do padrão produtivo das indústrias. A centralização das atividades vai sendo abandonada e substituída pelo modelo de produção horizontal em que os produtos intermediários, integrantes secundários da composição final do bem, vão sendo adquiridos de fornecedores independentes. Segundo

Neto<sup>1</sup>, essa descentralização produtiva tem o mérito de possibilitar maior eficácia produtiva e um controle mais próximo da qualidade de cada elemento produzido.

Alguns problemas operacionais surgem às empresas, tais como atrasos dos fornecedores, produtos defeituosos. Tais circunstâncias vêm a tornar mais complexa a decisão empresarial entre produzir ou adquirir. Contudo, prevalece o modelo horizontalizado.

Configura-se, assim, novo paradigma de produção, lastreado em conceitos como o da produção sob demanda, descentralização produtiva, desverticalização. A atividade empresarial volta-se à produção do bem específico, e nele se concentram as técnicas organizacionais tradicionais, buscando-se a perfeição técnica por meio da especialização, da repetição das atividades, da redução do número de processos produtivos, para que haja mais foco na realização de cada um deles.

Nesse cenário, pode-se compreender a terceirização como uma estratégia empresarial constante em delegar a produção de bens ou serviços a outra empresa, chamada terceirizada. A terceirização poderá ocorrer quanto a produtos e serviços componentes do objeto final produzido, ou se limitar a serviços secundários, de manutenção, e desatrelados da atividade preponderante da empresa, a exemplo da terceirização de serviços de limpeza e conservação, ou de vigilância.

Assim, essas coligações empresariais, hoje, desenvolvem-se não somente mediante a aquisição e alienação de bens e serviços. Para uma maior eficiência mercadológica, a terceirização vem implicando, também, a comunhão de valores, estratégias e padrões de atuação de mercado, caracterizando-se, desse modo, pela harmonização e coesão de interesses entre grupos de empresas, delineando um perfil de atuação coerente a todas. Tal postura, como se pode imaginar, objetiva minimizar os prejuízos eventuais da descentralização, potencializando seus efeitos empresariais benéficos<sup>2</sup>,

Lembre-se que a redução dos custos viabiliza-se também pela diminuição do quadro funcional, e pela possibilidade de adoção de diversos modelos de contratação trabalhista, para minimizar o custo com obrigações sociais. Inevitavelmente, ocorrerá a diminuição dos postos de emprego formais.

A consolidação desse modelo produtivo, até a atualidade, parece ser irreversível, dadas as exigências de velocidade produtiva e de lucratividade crescente aos empreendimentos.

---

<sup>1</sup> Neto, João Amato. Reestruturação industrial, terceirização e redes de subcontratação. Revista de Administração de empresas, São Paulo, v.35, n.2, p.34. Março/Abril, 1995. Consultada em <http://xa.yimg.com/kq/groups/23380284/1460383846/name/ARTIGO+TERCEIRIZACAO+-+RAE+2.pdf>

<sup>2</sup> *Idem*, p. 35.

Logo, o enfrentamento dos efeitos sociais eventualmente danosos deve centrar-se na constatação de que este modelo é inafastável, e, gozando desse *status*, deve ser regulado e disciplinado de acordo com a ordem jurídica vigente, e não somente combatido. O modelo vertical, como regra, não voltará; assim, a regulamentação ética e justa é a principal demanda social quanto ao modelo horizontalizado.

### 1.1 Terceirização e precarização das relações de trabalho

Como já falado, a terceirização é fenômeno complexo, que se delinea sob diferentes aspectos, podendo envolver a mais simples delegação de serviços de manutenção, ou a transferência de parte da cadeia produtiva.

As relações de trabalho nas empresas terceirizadas, logo, assumem diferentes configurações, e, desse modo, é impreciso fixar que o trabalho por conta das terceirizadas será sempre desenvolvido em condições mais precárias que aquele realizado nas empresas mãe, ou tomadoras. Nesse sentido, é preciso ter-se em conta que as relações empresariais ligadas à terceirização mudam muito, conforme o contexto em que se deflagram.

Como visto, as relações entre grupos de empresas podem configurar da mais elaborada sistematização compartilhada de valores e princípios, além de estratégias e posturas comerciais, até a mais simples transação comercial com a finalidade de obtenção de insumos ou serviços.

Entretanto, os estudiosos, em análises empíricas, aferem que, majoritariamente, a terceirização vem constituindo veloz movimento em direção à precarização das relações de trabalho<sup>3</sup>.

Isso porque, em regra, as terceirizadas caracterizam-se como empresas de pequeno e médio porte, com estrutura mais simples, e, por vezes, precária. Numerosos casos, a exemplo das redes de produção e varejo de vestuário de baixo custo, dão conta de que a redução de custos, para além da simples delegação de produção, exige, ainda, a seleção de terceirizadas que oferecem o bem ou serviço pelo menor preço.

Evidentemente, a competição acirrada, ínsita ao mercado de consumo desenfreado, imporá a redução dos custos com mão-de-obra. Esta, muitas vezes, subvalorizada, para além do patamar mínimo de proteção social. Donde a recorrente associação de ideias entre terceirização, precariedade e informalidade das relações de trabalho.

---

<sup>3</sup> Gandra. Ives. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. Revista de Direito Público. Ed. Síntese e IDP. Brasília, 2011, p. 17.

Em tempos de relações empresariais supranacionais, livres dos limites impostos anteriormente pelas barreiras territoriais, a horizontalização da escala produtiva tem operado segundo o modelo de terceirização dos serviços para realização por empresas situadas em países com menor taxa de proteção social, barateando-se, assim, a expensas dos trabalhadores, o custo produtivo.

Em suma, é possível e afirmar que, em tese, a terceirização não traria, por si, prejuízos aos trabalhadores; contudo, a alta competitividade trouxe, para a ideia de delegação produtiva, o desmedido barateamento da mão-de-obra, resvalando para a precarização da condição do trabalhador. Essa assertiva pode ser observada empiricamente por meio do exemplo das diversas empresas de grande porte que se utilizam de pequenos fornecedores espalhados pelos países periféricos.

Desenha-se, com isso, preocupante quadro de precarização das conquistas laborais históricas e de radicalização da vulnerabilidade dos trabalhadores, que parece ser elementar das novas feições do capitalismo financeiro.

## 2. A atuação do Estado como provedor e regulador de bens e serviços

A despeito da permanência das controvérsias políticas acerca do papel do Estado no desenvolvimento social, na atualidade, uma esfera da respectiva atuação vem sendo amplamente respaldada: a atuação estatal com o objetivo de efetivação dos direitos e das garantias fundamentais.

A demanda pela concretização daqueles direitos, e pelo desenvolvimento da cidadania, expressa o desejo da sociedade contemporânea de contar com valores tais como a produção e a distribuição de alimentos mais seguros, a preservação de um meio ambiente hígido, a confecção de produtos com qualidade controlada, moradia e emprego dignos, educação, segurança pública, saúde pública e de qualidade. Cresce a consciência de que se tratam de direitos subjetivos públicos, de que são titulares todos os cidadãos. E cuja prestação afigura-se como dever do Estado.

Naturalmente, a sociedade espera a implantação de políticas públicas. A atuação do Estado se faz de forma direta, por meio da criação de organismos específicos, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, ou pela delegação a terceiros, particulares, esta instrumentalizada, segundo a legislação específica, por contratos de concessão, permissão ou autorização.

### 2.1. Serviço público

A atividade da administração destinada à satisfação concreta de necessidades subjetivas e metaindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente aos direitos fundamentais, e regida pelo direito público pode ser definida como serviço público.

A realização da atividade demanda a organização de estruturas humanas e organizacionais. Esta sistematização poderá ficar a cargo da própria administração ou de entes privados por ela contratados, sofrendo a influência dos princípios fundamentais do serviço público.

Para a configuração de uma atividade como sendo serviço público, é necessário seu reconhecimento jurídico como tal, sendo frequente a designação de tal opção estatal por publicização, para referência ao ato estatal formal necessário a tal qualificação. A instituição de um serviço por ato administrativo é ilegal. Tal conhecimento é de extrema importância, pelo fato de tornar claro que a ausência da publicização legislativa implica que a atividade não é considerada serviço daquela natureza, pertencendo ao âmbito das atividades econômicas, em sentido estrito<sup>4</sup>.

Vale salientar que o serviço público é de titularidade da coletividade, não do Estado, ao qual incumbe a respectiva organização e regulamentação, além da responsabilidade pela eficiência. Consiste em uma intervenção estatal no domínio econômico. Nesse sentido, pressupõe a utilização de recursos limitados, para a satisfação de necessidades excludentes entre si, envolvendo, desse modo, a utilização de recursos econômicos.

Em vista de tais considerações, é possível definir-se o serviço público como instrumento para concretização dos valores centrais de determinada sociedade. E, para que isto venha a ocorrer de forma plena, faz-se necessário o permanente diálogo com os atores sociais, responsáveis não só pela eleição inicial dos valores a ser tutelados, mas por meio do contínuo controle da realização dos serviços.

### 2.1.1. O serviço público no Direito brasileiro

A constituição brasileira agrupa inúmeros dispositivos referentes a serviço público, vindo a ser bastante detalhista quanto aos serviços públicos em espécie. De tal modo que, ao discriminar competências dos diversos entes federados, já começa a se referir a certas atividades como serviços públicos. Como exemplo, o art. 21, X, XI, e XII.

As considerações acerca da estreita ligação do serviço público com os interesses fundamentais aplicam-se integralmente ao Direito Brasileiro. É este o critério mais justo e

---

<sup>4</sup> Justen Filho. Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. Revista de Direito Público da Economia. Ano 1, n. 1, jan/março, 2003. Belo Horizonte- MG, p. 13-15.

preciso para a distinção entre as atividades ligadas à concretização dos interesses públicos, e, portanto, passíveis de serem realizadas sob a forma pública, e aquelas desatreladas de tais interesses, e, por conseguinte, caracterizadas como atividades econômicas em sentido estrito.

Para Violin<sup>5</sup>, fica claro que a constituição federal estipula a atuação direta do Estado na ordem econômica de forma subsidiária. Todavia, quando se analisa a ordem social, tratada a partir do ar. 193, a situação se inverte, pois o diploma é claro ao responsabilizar o Estado como ator principal na questão social, sobretudo na educação, na saúde e na assistência social.

Consoante a constituição vigente, os serviços públicos no Brasil devem submeter-se a regras de conteúdo principiológico. A primeira delas, a da continuidade, segundo a qual o serviço público deverá desenvolver-se regularmente, sem interrupções. Para tanto, nem o poder público nem a iniciativa privada poderão obstaculizar a prestação dos serviços. Dela também decorre a reponsabilidade da administração pela má realização dos serviços.

Do mesmo modo, também derivam dessa regra a utilização do poder de coação estatal, para assegurar a supressão de obstáculos e a produção das medidas necessárias para manter o funcionamento da atividade. Eventual limitação da continuidade consiste na manutenção do equilíbrio econômico financeiro em relação às partes responsáveis pela realização do serviço.

Os serviços deverão ser prestados de forma igualitária a todos os usuários em iguais condições, em consequência das regras da universalidade e da igualdade. Corolário dessas regras é a isonomia na cobrança das tarifas a todos aqueles em idêntica situação.

A mutabilidade ou adaptabilidade<sup>6</sup> são atributos que conferem aos serviços prestados a necessária flexibilidade, de modo a adequá-los às transformações na demanda. Como se observa, estas últimas regras também são consequência da regra da continuidade.

Além dessas regras, algumas outras vêm, atualmente, juntar-se a elas, correspondendo ao regramento da relação com os consumidores, tais como a adequação do serviço, a transparência das condições da prestação, a possibilidade de participação do usuário no modo de realização dos serviços e a razoabilidade na cobrança das tarifas.

## 2.2. A gestão de riscos no serviço público

---

<sup>5</sup> Violin, Tarso Cabral. Estado, Ordem Social e Privatização- as Terceirizações Ilícitas da Administração Pública por meio das organizações sociais, OSCIPs e demais entidades do terceiro setor. RDA nº 26, Assunto especial – doutrina. fevereiro/2008, p. 26.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 29.



Como visto, a estreita ligação entre a prestação de serviço público e a efetivação de direitos fundamentais tem implicado o crescimento da atuação do Estado, para efetivar tais interesses. A modernidade imprimiu, no aparato jurídico, a consciência dos direitos fundamentais, constituindo, para toda a humanidade, um patrimônio jurídico do qual ela não pode, nem deseja, prescindir.

O decorrer do tempo e as transformações políticas e sociais vêm acrescentando interesses ao rol originário, sem que haja substituições ou sucessões, e com todos os ônus e custos que tal ampliação, inevitavelmente, implica. Somam-se a isto as recorrentes crises que o capitalismo financeiro vem vivenciando, como a que atualmente atinge a Europa e aquela surgiu no EUA em 2008. Assim, a inclusão do risco no modelo de gerenciamento no serviço público, afigura-se, hoje, imperativa.

Risco pode ser compreendido como a assunção da probabilidade de um evento, bom ou mau, ocorrer no futuro e modificar o curso da prestação dos serviços<sup>7</sup> A gestão dos riscos, em geral, envolve ações e inovações destinadas a gerar benefícios, mas sempre equilibradas com seus possíveis custos. Vale salientar que muitos dos riscos enfrentados pela sociedade contemporânea decorrem justamente dos benefícios antes gerados pela inovação social e tecnológica.

A gestão de riscos, logo, sistematiza as variáveis de incerteza, com a finalidade de maximizar os benefícios e estabilizar, o máximo possível, as reações às imprevisibilidades, e, desse modo, minimizar os custos. O norte de toda essa sistematização deverá ser, invariavelmente, o interesse público.

A administração pública no Brasil já principia a se pautar pela ideia da gestão de riscos. Direcionados a esse fim, os gestores públicos de risco possuem alguns instrumentos de políticas à sua disposição, para administrar e minimizar os tais riscos e lidar com os impactos provenientes de fatos adversos consolidados. O grau de coerção desses instrumentos varia de regulações diretas a instrumentos econômicos, a iniciativas voluntárias de ações comunicativas educacionais e ao desenvolvimento de políticas públicas.

O desenvolvimento desse modelo de gestão pública demanda a prévia definição de objetivos e metas claros, bem como a implementação de programas para que aqueles possam ser alcançados. Se o retorno e o monitoramento indicarem que os objetivos não estão sendo alcançados, os programas devem ser mudados. Se os objetivos deixarem de ser relevantes,

---

<sup>7</sup> Pereira Jr. Jessé Torres e Dotti, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura de normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados.

novos objetivos devem ser estabelecidos. Sempre em conformidade com a lei e em prol do interesse público.

Assim, tratar da regulação de serviços na contemporaneidade envolve a reflexão sobre o complexo relacionamento entre a iniciativa pública e a privada; entre o Estado e a sociedade. Nesse sentido, é visível o fortalecimento da regulação, em razão do considerável aumento da oferta, pela iniciativa privada, de serviços de interesse público.

A atividade regulatória consiste em medidas de intervenção direta ou indireta, condicionando, limitando, restringindo, normatizando ou incentivando as atividades econômicas, de modo a assegurar o respectivo equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos, ligados à implementação dos interesses fundamentais.

Além disso, a regulação também se perfaz por meio da atividade de criação de normas (normativa), ou mesmo pela intervenção estatal direta no domínio econômico<sup>8</sup>. Se o Estado assume a produção direta de bens e serviços, a atividade regulatória se manifesta principalmente por meio da atividade normativa, ou pela intervenção direta no domínio econômico. Se ocorre a outorga à iniciativa privada, a atividade regulatória manifesta-se de forma indireta sobre a atividade econômica, impondo ao governa o papel fiscalizatório tão intenso e presente quanto a anterior atuação direta.

A supremacia do interesse público é princípio que perpassa todas as configurações apresentadas pelo estado capitalista. Inclusive a feição contemporânea desse modelo de estado, que, como visto, atua no meio social de forma descentralizada, provedora, fiscalizadora e tutora, para concretização dos direitos fundamentais.

### 3. A responsabilidade do Estado em razão da terceirização nos serviços públicos

#### 3.1. A terceirização como estratégia, na busca por eficiência administrativa

A finalidade de eficiência na realização dos serviços aliada ao aumento da variedade e da complexidade das demandas sociais pode ser apontada como móvel principal na opção do Estado por terceirizar parte dos serviços por ele prestados de forma direta. A figura da terceirização aparece também como estratégia amplamente adotada pelas empresas privadas às quais serviços públicos foram delegados.

---

<sup>8</sup> Marques Neto. Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. Re. Dir. Adm. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 228: 13-29, p. 14.

Donde ser razoável concluir que, na prestação dos serviços públicos, assim como na iniciativa privada, a terceirização já se incorporou ao cotidiano das relações empresariais, administrativas e trabalhistas.

Ponderam alguns autores, com razão, que há limites bastante claros a desenhar as possibilidades de terceirização lícita, na esfera da prestação de serviços públicos. Esta baliza configura-se pela não essencialidade do serviço prestado. Ou seja, apenas os serviços secundários no processo de realização dos interesses públicos constitucionais podem ser terceirizados, tendo seu cumprimento realizado pela iniciativa privada, por meio de instrumentos, tais como convênios e parcerias (as famosas parcerias público privadas).

A essencialidade dos serviços exige que eles sejam diretamente realizados pelo Estado, ao qual incumbe a obrigação inafastável de preservar os referidos interesses constitucionais.

À iniciativa privada, com fins lucrativos (mercado), ou sem fins lucrativos (terceiro setor), é cabível a prestação de serviços ligados à ordem social apenas mediante estrita fiscalização estatal, sem que isto, jamais, venha a implicar a desresponsabilização do Estado.

No âmbito da administração pública federal, a terceirização é prevista no Decreto Lei 200/67 (art. 10, § 7º), combinado com a Lei 5645/70 (art. 3º, parágrafo único). O decreto Lei 2.300/86 veio ampliar e complementar o Decreto Lei 200/67 no tocante aos contratos administrativos, sendo, ainda, de igual teor, a Lei 8.666/93 (art. 71, §1º).

### 3.2. A responsabilidade da administração pública no enfrentamento da precarização do trabalho

Como já estudado, a terceirização é fenômeno característico da economia contemporânea, logo, aparentemente inafastável. Em si, como estratégia, não pode ser, *a priori*, considerada nociva. No entanto, a forma como vem sendo utilizada no Brasil resulta em que seus efeitos trabalhistas causem preocupação, em razão de serem, majoritariamente, danosos à classe trabalhadora.

A sintetizar tais malefícios, a palavra mais indicada é precarização. Mal que se revela, por exemplo, no descuido das normas de segurança e medicina do trabalho, por parte das empresas privadas, em relação aos tomadores de serviços.

Nesse sentido, vale ressaltar que o interesse público a ser tutelado, com relação a todo o amplo leque de serviços prestados e bens produzidos pelo Estado, ou por meio de outorga deste, reside na concretização de direitos fundamentais. Entre os quais se incluem os direitos

ligados ao trabalho. A valorização do trabalho como principal mecanismo de inserção social e construção da paz social é um dos postulados estruturais da constituição vigente.

Ou seja, ao Estado, assim como a toda a sociedade, cabe o papel de resguardar o trabalho e prover condições dignas à sua realização, pois também isto é interesse público.

Observando-se a constituição, vê-se que, em seu art. 7º, está engendrado o esqueleto da proteção trabalhista, consagrado, assim, como grupo de direitos fundamentais de cunho social. Precisamente, o rol de direitos que demanda atuação ativa do Estado para a respectiva concretização.

Pois bem, até esse ponto, tem-se que a responsabilidade do Estado por atos ilícitos é de natureza objetiva, e que pode ser identificado interesse público no respeito aos direitos trabalhistas, dada a sua fundamentalidade.

Avançando-se no assunto, deve-se lembrar que a terceirização, adotada segundo o propósito de prover uma gestão administrativa mais eficiente e menos onerosa aos cofres públicos, somente é permitida em se tratando de serviços e atividades não essenciais, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado (como já visto).

Portanto, considerando-se os elementos desse estudo, pode-se arriscar dizer que os polos de tensão no tocante ao problema estudado compõem-se, de um lado, pela urgência do Estado em reduzir suas dimensões e os custos públicos; e, do outro, sua condição de responsável pela promoção dos direitos do trabalhador, eleitos como valores fundamentais.

A mesma velha tensão entre capital e trabalho, assumindo apenas mais uma de suas muitas roupagens.

Alguns elementos fáticos, apreciados pelas cortes trabalhistas, reforçam o entendimento no sentido da necessidade de o Estado figurar como responsável nos casos de terceirização. Segundo informa Gandra<sup>9</sup>, no setor público, são frequentemente vistas distorções em matéria de terceirização; devidas, sobretudo, à adoção do critério do menor preço do bem ou serviço. Exemplos de irregularidades são a contratação de empresas de fachada, as quais loteiam, entre si, os contratos com o setor público, sem possuir o mínimo de bens necessários ao funcionamento regular; e desaparecem do mercado quando recebem valor substancial de recursos financeiros, ou não têm condições honrar os compromissos assumidos para vencer a licitação, ou o surgimento dos “empregados permanentes”, pessoal terceirizado mantido nos órgãos públicos, apesar das mudanças nas empresas que o contratam, indicando, claramente, a pessoalidade na prestação de serviços.

---

<sup>9</sup> Gandra. Ives. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. Revista de Direito Público. Ed. Síntese e IDP. Brasília, 2011, p. 17.

Enfim, o ente público, ao qual cabe a defesa dos interesses fundamentais sociais, com frequência, aparece como violador desses direitos. Daí a necessidade de responsabilização, como forma de assunção dos riscos da gestão pública.

A imputação de responsabilidade ao Estado vem sendo, sempre, questionada, principalmente pelos advogados e procuradores públicos. Sob o fundamento, bastante controverso<sup>10</sup>, de que o art. 71 da Lei nº 8666/93 assegura a isenção dessa responsabilidade.

Tal discussão chegou, há poucos anos, ao Supremo Tribunal Federal, sob a forma da Ação declaratória de constitucionalidade nº 16, cujo pedido consiste na busca pelo reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo acima referido. Integram a causa de pedir de tal ação exemplos de jurisprudência oriunda da Justiça do Trabalho, os quais, segundo entendia o autor da ação, desrespeitavam a previsão contida no citado art. 71, e, indiretamente, a Constituição Federal.

Mais especificamente, a ação buscava o afastamento da Súmula 331 do TST, a qual veicula o entendimento de que a Administração Pública deve ser responsabilizada pelos atos faltosos, cometidos em desfavor dos trabalhadores, pelas empresas de terceirização por ela contratadas.

A ação foi julgada procedente, posição adotada pelo relator do processo, o Ministro César Peluso. Entendeu ele, contudo, que o art. 71 da Lei de Licitações jamais fora questionado pela jurisprudência, e, tampouco subsistiriam discussões nesse sentido. Salientou ele, inclusive, que a Súmula 331 jamais pôs em questão a constitucionalidade do dispositivo.

Pois bem, com a procedência da ação, o TST reformulou, em parte, seu verbete jurisprudencial, redefinindo as dimensões da responsabilidade do ente público, a qual migrou de objetiva, decorrente do risco assumido pelo fato da terceirização, para subjetiva, decorrente de *error in contrahendo* ou *error in vigilando*.

Esta a solução intermediária, pensada como providência judicial mínima necessária à preservação dos direitos dos trabalhadores lesados. A manutenção da responsabilidade do Ente Público é fundamental ao enfrentamento dos constantes e múltiplos desafios do trabalho contemporâneo, como mecanismo destinado a evitar a precarização das condições do trabalho e o conseqüente desrespeito aos direitos fundamentais ligados ao trabalho, no contexto do neoliberalismo dominante.

Trata-se, sem dúvidas, de um caso difícil, em que o interesse público revela-se sob facetas aparentemente antagônicas, ambas enraizadas em princípios constitucionais: a

---

<sup>10</sup> Justen Filho. Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Dialética. São Paulo, 2005, p. 783-790.

eficiência administrativa e o respeito aos direitos fundamentais. Os argumentos lançados nesse estudo, todavia, conduzem à conclusão de que a preservação dos interesses ligados ao trabalho tem maior peso axiológico. Donde a opinião que dele provém seguir no sentido de reputar correta a assunção da responsabilidade pela Administração pública.

Pode-se, ainda, dizer que, à reparação, ou mesmo à compensação pelos atos faltosos impetrados pelas contratadas- e dos quais se beneficiou o Estado- deve ser complementada por ações profiláticas de controle sobre a terceirização na administração pública, de modo a evitar-se, para o futuro, a repetição daqueles atos. A responsabilização dos agentes públicos envolvidos seria uma dessas medidas.

Apenas assim, fazendo com que todos os envolvidos respondam pelas lesões aos direitos dos trabalhadores, em desrespeito ao primado do trabalho, um dos postulados do Estado Brasileiro de Direito, aproximar-se-á da concretização o ideal de equidade.

## CONCLUSÃO

Estudar a responsabilidade do Estado pelos serviços terceirizados pode ser surpreendente. De início, emerge uma aparente certeza: o tema é velho conhecido. Essa impressão, contudo, logo se desfaz. São múltiplos os assuntos pertinentes à temática, assim como são imponentes os conflitos de interesses surgidos.

Desse modo, faz-se necessária a compreensão não apenas jurídica da terceirização, mas, sobretudo, o entendimento das razões de ordem econômica e organizacional que tornaram a estratégia onipresente na economia contemporânea, inclusive como estratégia de gestão pública de bens e serviços.

Bem assim, é importante compreender o significado abrangente de interesse público, suas transformações conceituais e sua imprescindibilidade como baliza jurídica e ética para a atuação dos Entes Públicos.

Com tais considerações, finalmente, é possível construir-se uma afirmação sólida, no sentido de que a medida mais justa e equânime para a resolução dos conflitos jurídicos decorrentes da terceirização dos serviços públicos é a manutenção da responsabilidade do Estado, a quem incumbe, essencialmente, zelar pela dignidade das pessoas e do trabalho, promovendo, com isso, a cidadania.

## BIBLIOGRAFIA

Andrade. Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do Trabalho e Pós-modernidade. Ed. Ltr. São Paulo, 2005.

Araújo. Luis Cesar G. de. Organização, Sistemas e Métodos: e as tecnologias de Gestão Organizacional. 2. ed. V. 2. São Paulo: Atlas, 2008.

Barbosa. Rosangela Nair de Carvalho. A economia solidária como política pública: uma tendência de geração de renda e ressignificação do trabalho no Brasil. Tese de Doutorado em Serviço Social Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 26. Consultado em <http://www.itcp.usp.br/drupal/files/itcp.usp.br/Barbosa%20Eco%20Sol%20Pol%20Pub.pdf>

Bittencourt. Gisele Hatschbach. A responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações de serviços fundada na Súmula 331, IV do TST. Revista Bonijuris, nº524, julho/2007.

Brandão. Cláudio. A responsabilidade objetiva por danos decorrentes de acidentes do trabalho na jurisprudência dos tribunais: cinco anos depois. Rev. TST, Brasília, vol. 76, no 1, jan/mar 2010.

Cafaro. Leonardo de Mello. O pós-positivismo, o Direito do Trabalho e a noção de interesse público- a terceirização na administração pública e a Súmula nº 331 do TST em questão. Revista Zênite de Licitações e Contratos- ILC, nº 193, março/2010.

Camargo. Ricardo Antônio Lucas. Direito econômico e Direito Administrativo. Ed. Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre-RS, 2006.

Cavalcanti. Francisco Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 219: 253-270, jan./mar. 2000.

DIEESE. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil. Consultado em [http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03\\_2007.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf)

Di Pietro. Maria Sylvia Zanella. O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo in Di Pietro. Maria Sylvia Zanella e Ribeiro. Carlos Vinícius Alves. Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. Ed. Atlas. São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. E Ribeiro. Carlos Vinícius Alves. (coordenadores) Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. Ed. Atlas. São Paulo, 2010.

Gandra. Ives. O fenômeno da terceirização e suas implicações jurídicas. Revista de Direito Público. Ed. Síntese e IDP. Brasília, 2011.

Justen Filho. Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. Revista de Direito Público da Economia. Ano 1, n. 1, jan/março, 2003. Belo Horizonte- MG.

\_\_\_\_\_. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Dialética. São Paulo, 2005.

Marthinoni. Angela Carboni. A responsabilidade (civil, administrativa e penal) dos agentes do poder público pela prevenção e pelos danos ao meio ambiente. RDA nº 31, julho/2008.

Marx, Karl. Capítulo VI –Inédito. São Paulo: Ciências Humanas, 1978. Citado por Antunes, Ricardo. Trabalho e precarização numa ordem neoliberal. Consultado em <http://168.96.200.17/ar/libros/educacion/antunes.pdf>

Neto. João Amato. Reestruturação industrial, terceirização e redes de subcontratação. Revista de Administração de empresas, São Paulo, v.35, n.2, p.34. Março/Abril, 1995.

Consultada em

<http://xa.yimg.com/kq/groups/23380284/1460383846/name/ARTIGO+TERCEIRIZACAO+-+RAE+2.pdf>

Pereira Jr. Jessé Torres e Dotti, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura de normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados.

Sampaio. Ricardo Alexandre. A fixação dos salários dos empregados e empresas terceirizadas pela administração pública contratante- hipótese de ilegalidade. Revista Zênite de Licitações e Contratos- ILC, n. 159, maio, 2007.

Schwarz. Rodrigo Garcia. A política europeia de emprego e a ideia de “flexissegurança”: um novo paradigma para a “modernização” do direito do trabalho? Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.48, n.78, p.65-84, jul./dez.2008.

Siraque. Vanerlei. Controle Social da função administrativa do estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988. Ed. Saraiva. São Paulo, 2005.

Violin, Tarso Cabral. Estado, Ordem Social e Privatização- as Terceirizações Ilícitas da Administração Pública por meio das organizações sociais, OSCIPs e demais entidades do terceiro setor. RDA nº 26, Assunto especial –doutrina. fevereiro/2008.