

A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS*

ADORNO JÚNIOR, Hércio Luiz
Faculdade Santa Lúcia
helcio.prof@santalucia.br

SOUZA, Fernanda Donata de
Faculdade Santa Lúcia
fernanda_donata@yahoo.com.br

RESUMO

A terceirização é fenômeno social proveniente dos efeitos causados pela Segunda Guerra Mundial. Com a necessidade de produção de armas em larga escala, as empresas desenvolveram estratégias para melhorar a qualidade de seus produtos. Para tanto, passaram a delegar a terceiros atividades não essenciais de seu processo produtivo, ou seja, atividades-meio. A terceirização intensificou-se no Brasil nas décadas de 1980 e 1990. A Justiça do Trabalho, na lacuna da lei, atuou de forma a garantir os direitos dos trabalhadores terceirizados. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho sacramentou o entendimento de que é subsidiária a responsabilidade do tomador de serviços pelos créditos trabalhistas dos empregados do prestador de serviços. Em 2000, acresceu-se o inciso IV à súmula em referência, para se estender a aplicação do entendimento ao Estado, mas se entendeu, posteriormente, que essa responsabilização colidia com o artigo 71 da Lei nº 8.666/93. Em 2010, foram inseridos os incisos V e VI à referida súmula, para adequá-la à decisão baixada pelo Supremo Tribunal

*Este artigo é parte integrante de Trabalho de Conclusão de Curso defendido em novembro de 2013, pela discente Fernanda Donata de Souza, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Santa Lúcia, e foi elaborado sob orientação de Prof. Dr. Hércio Luiz Adorno Júnior.

Federal com efeito de repercussão geral. Firmou-se, então, o entendimento de que os órgãos da administração pública respondem subsidiariamente na terceirização apenas se for comprovada a culpa in vigilando, ou seja, se não fiscalizarem os contratos celebrados com terceiros quanto ao cumprimento dos encargos trabalhistas. No presente estudo, será demonstrado que esse entendimento enfraqueceu a rede de proteção dos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados no serviço público, prejudicando a satisfação de seus créditos.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito do Trabalho; Terceirização; Administração Pública; Responsabilidade Subsidiária.*

INTRODUÇÃO

A terceirização é apontada como uma solução economicossocial mundial pelas empresas. Grandes eventos mundiais, como a Segunda Grande Guerra e a Revolução Industrial, causaram alterações profundas na forma de organização das sociedades. Esses impactos foram imediatos e diretos na economia e na forma de produção, seja de produtos ou de serviços, para o que o trabalho necessitou readequar-se. Nessas alterações, foram buscadas formas de atender ao mercado de consumo, para que as empresas pudessem manter a competitividade e para que o Estado resolvesse problemas de desemprego e de desequilíbrio socioeconômico.

Terceirizar foi a forma encontrada para que as empresas pudessem concentrar seus esforços para o aprimoramento de suas atividades-fim. Essa alternativa propiciou, também, a redução de custos, visto que os encargos sociais decorrentes da mão-de-obra passaram a ser de responsabilidade da empresa contratada. A empresa que terceiriza apenas negocia o valor do produto ou do serviço adquirido, de forma a reduzir seus custos operacionais.

A terceirização também é prática adotada pela administração pública. O Estado passou a delegar atividades não essenciais para empresas especializadas, por meio de licitação nas hipóteses em que a lei não a dispensar. O questionamento que atualmente se faz é quanto à responsabilização do Estado pelas dívidas trabalhistas provenientes da terceirização. O Estado tem o dever de fiscalizar e punir empresas privadas por ilegalidades ou por prejuízos causados aos trabalhadores nas terceirizações. Assim sendo, também deve responder por danos causados aos trabalhadores nas contratações

de terceiros. Sustenta-se, porém, que o Estado não pode responder por culpa de eleição, porque foi adstrito a contratar pelo resultado da licitação. O Supremo Tribunal Federal consagrou esse entendimento, ressaltando apenas os casos de culpa em vigilância, ao apreciar a questão proposta na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 com efeitos de repercussão geral.

A reflexão proposta nesse trabalho é relativa à efetiva necessidade de responsabilização subsidiária do Estado na terceirização de serviços. Precisa ser mais abrangente a interpretação da responsabilidade legal do poder público, em especial para a proteção dos direitos dos trabalhadores das empresas terceirizadas. Muitas vezes seus direitos trabalhistas são lesados, não encontrando garantia patrimonial junto ao empregador e, agora, como regra geral, perante os contratantes órgãos públicos.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO

Martins (2012) afirma que a terceirização surgiu devido aos altos índices de desemprego na sociedade, ocasionados por crises econômicas que levaram os empresários a reduzir custos, principalmente com a mão-de-obra. Desta forma, a terceirização, em um primeiro momento, teve como maior finalidade a contratação de mão-de-obra mais barata. Vieira e Furtado (2013) destacam que a terceirização nasceu com a Segunda Guerra Mundial, quando as empresas de material bélico passaram a delegar parte de suas atividades para as empresas prestadoras de serviços especializados, concentrando esforços na produção de armas.

Os órgãos governamentais, em princípio, apoiaram a terceirização, como forma de redução do desemprego e de contratação de serviços menos onerosa. Assim, os primeiros procedimentos de terceirização visavam principalmente a redução de custos. Em paralelo, ocorreram alterações no mercado consumidor, decorrentes da maior exigência dos consumidores e das legislações que os protegiam. Fez-se necessário que os produtos e serviços contassem com maior qualidade junto ao mercado consumidor. Para que a excelência na produção fosse alcançada, as empresas necessitaram direcionar todo o potencial produtivo para suas atividades principais, delegando as demais tarefas para outras que as têm como atividades-fim (MARTINS, 2012).

Na terceirização, a empresa contratante tem como objetivo focar seus esforços em suas atividades-fim. Por isso, o termo terceirizar pode ser substituído por focalizar, de forma a desenvolver sistema produtivo ágil ou entrega de serviços aprimorados, com melhoria contínua de qualidade. No

entanto, a terceirização não se pauta apenas pela relação comercial entre a empresa contratante e a empresa contratada. As relações jurídicas da terceirização são triangulares, incluindo o prestador de serviços. Aplica-se o Direito Civil para reger a relação de contrato comercial, em razão da contratação de uma empresa pela outra, assim como os Direitos Administrativo e Constitucional, nos casos de contratação pela administração pública. Por outro lado, as relações de trabalho existentes na terceirização, que se referem à contratação de trabalhadores pelas empresas contratadas, são regidas pelo Direito do Trabalho e seus conflitos são dirimidos pela Justiça do Trabalho, por competência definida pelo artigo 114 da Constituição Federal de 1988. Portanto, a terceirização deve ser analisada, também, pelo prisma jurídico-trabalhista (DELGADO, 2013).

Delgado (2013, p. 437) destaca que “a terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho no país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas três últimas décadas do segundo milênio no Brasil”. No início, a Justiça do Trabalho tratou com reservas a terceirização, por receio de que as empresas adotassem a prática de burlar as leis trabalhistas e efetuassem contratações de trabalhadores por empresas interpostas. Receava-se que a finalidade fosse exclusivamente a de reduzir custos com empregados, para se furtar à obrigação de pagar os respectivos encargos sociais.

Como forma de evitar essa manobra administrativa, o Ministério do Trabalho estabeleceu, no artigo 5º da Instrução Normativa nº 3/97, que os contratos sociais das empresas contratantes e das empresas terceiras deveriam ser inspecionados, de forma a certificar que suas atividades-fim não têm similaridade ou equivalência. Segundo Di Pietro (2013, p. 358), a finalidade foi “evitar a burla aos direitos sociais do trabalhador” e essa diretriz explícita a “repúdia da Justiça do Trabalho” e dos órgãos de proteção aos direitos trabalhistas ao que chamou de “contrato de *marchandage*”, em que o objeto é o próprio trabalho humano”. A mencionada preocupação da Justiça do Trabalho com os direitos sociais atende os ditames do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, e, para Delgado (2013, p. 446 e 447):

[...] os limites da Constituição ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos

¹ É termo que vem do francês, com o significado de subcontratação.

princípios, quer nas regras assecuratórios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (artigo 1º, III, combinado com artigo 170, *caput*), da busca e construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3, I), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, III), da busca da promoção e do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV). [...] O laconismo de regras legais em torno de tão relevante fenômeno sociojurídico conduziu à prática de intensa atividade interpretativa pela jurisprudência, em busca de assimilar a inovação sociotrabalhistas ao cenário normativo existente no país. [...]

Delgado (2013, p. 446) relaciona os principais dispositivos legais e súmulas de jurisprudência referentes à terceirização no Brasil², para concluir que “mantém-se hígida a interpretação exposta pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, relativamente às hipóteses de terceirização lícita nas ordens jurídica, econômica e social”. Para Martins (2012, p. 5):

[...] O Direito do Trabalho não pode ser inimigo do progresso, porque é fonte e instrumento do progresso. Não pode ser inimigo da riqueza, porque sua aspiração é que ela alcance um número cada vez maior de pessoas. Não pode ser hostil aos avanços tecnológicos, pois eles são efeito do trabalho. [...]

Na terceirização, deve-se buscar o equilíbrio entre a necessidade contínua de progresso da sociedade e de preservação dos direitos dos trabalhadores, para o que precisa atentar o legislador.

² a) Decreto Lei nº 200/67 e Lei nº 5.647/70, que dispõem sobre a descentralização das atividades na Administração Estatal e as atividades que poderiam ser executadas por funcionários não diretos da administração pública; b) Leis nos 6.019/1974 e 7.102/83, que tratam das formas possíveis de terceirização pelas empresas privadas, sendo que a primeira regula a contratação do trabalhador terceiro temporário e a segunda do trabalho de vigilância bancária; c) Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho, de 1986, decorrente de jurisprudência que combatia a terceirização por empresas interpostas, e que ressaltava apenas a possibilidade de contratação de terceiros nos casos de mão-de-obra temporária e de serviços de vigilância; d) Lei nº 8.949/94, que alterou artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, para acrescentar o parágrafo único, que trata das cooperativas. Em 2012, a Lei nº 12.960 completou o disposto no parágrafo primeiro do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, para ampliar a previsão legal e alterar a nomenclatura para Cooperativas de Trabalho; e) Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, de dezembro de 1993, que atualmente regula a terceirização em âmbito privado e público no país, com diretrizes gerais, de forma a evitar ilicitudes lesivas aos direitos trabalhistas

3. CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Não há, para a terceirização, conceito jurídico ou preceito legal, pois é fenômeno social apreciado pela jurisprudência com base nos princípios do Direito do Trabalho. Conforme Martins (2012, p. 10):

[...] A terceirização não está definida em Lei, nem há norma jurídica tratando, até o momento, do tema. Trata-se, na verdade, de uma estratégia na forma de administração de empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial. [...]

Martins (2012, p. 1), para contextualizar juridicamente o fenômeno da terceirização, ressalta que “nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado, a fim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais”, classificando-a como “uma realidade histórico-cultural”. Muitas definições existem para o termo terceirização ou para o verbo terceirizar, também como ensina Martins (2012, p. 6):

[...] *Terciarium* seria originário do latim, proveniente do ordinal *tertiarius*. [...] terciarização em razão de que o setor terciário na atividade produtiva seria o setor de serviços, pois o primário corresponderia à agricultura e o secundário à indústria. Terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é intermediário, o intervinte. Em espanhol, usa-se o termo *arrendamiento de servicios*. Em italiano, *subcontrattazione*. No Direito português usa-se subcontratação. Ao processo de reconcentração de empresas nos Estados Unidos, dá-se o nome de *downsizing*. [...] O descarte da atividade-meio, especialmente no setor de serviços, é denominado *outsourcing*. Autores da Administração de Empresas usam o termo *horizontalização* da atividade econômica, em que empresas transferem para outras, parte das funções exercidas diretamente. [...] *focalização* [...] para evidenciar a empresa que procura a qualidade final de seu produto, dedicando-se apenas ao *foco* de sua atividade. A exteriorização do emprego seria uma forma de transferência do posto de trabalho para outra empresa, com o empregado perdendo o emprego em relação ao antigo empregador. Na Administração pública, costuma-se empregar o termo *contracting out*, quando celebra vários tipos de acordos juntos com o setor privado, como os contratos de obras e de prestação de serviços. [...] (destaques do original)

Santos (2010, p. 15) conceitua terceirização como:

[...] a estratégia empresarial que consiste em uma empresa transferir para outra, e sob o risco desta, a atribuição, parcial ou integral, da produção de uma mercadoria ou a realização de um serviço, objetivando – isoladamente ou em conjunto – a especialização, a diminuição de custos, a descentralização da produção ou a substituição temporária de trabalhadores. [...]

O conceito ideal de terceirização, para Vieira e Furtado (2013, p. 27), em uma forma quase lírica, seria:

[...] busca de apoio e suporte necessários para o cumprimento do que se deseja obter ou alcançar. Na verdade, o que desejamos ao passar para um terceiro nossa atribuição é torná-la mais eficiente, mais objetiva, mais sistematizada, padronizada, profissional, ou seja, tal tarefa deve ser mais bem executada por quem terceiriza do que por quem delega tal atribuição. [...] “Faça melhor que eu poderia fazer”. [...]

Santos (2010, p. 32) ensina que “terceirização [...] é uma forma de estruturação em termos estratégicos da organização”. Delgado (2013, p. 436) define a terceirização como “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”. Para Martins (2012, p. 12), “a terceirização compreende relação triangular: trabalhador, prestador de serviços, tomador de serviços”.

A terceirização é fenômeno social de alcance mundial, como forma estratégica de organização das empresas com a finalidade de competitividade no mercado consumidor. Possibilita-se à empresa contratante usufruir dos serviços de profissionais especializados em determinadas atividades, sem que sejam seus empregados, flexibilizando-se a legislação do trabalho. O ordenamento jurídico teve que tratar do tema por leis esparsas, acompanhadas por súmulas de jurisprudência, dadas suas consequências jurídicas. Como ciência social, o Direito do Trabalho precisou regular as relações provenientes da terceirização, de forma a manter o equilíbrio na sociedade e proteger a parte mais fraca na relação jurídica (MARTINS, 2012).

4. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

Para Delgado (2013, p. 450), “à medida que o padrão genérico de contratação de força de trabalho, no país, mantém-se dentro da fórmula empregatícia clássica, conclui-se que as hipóteses de terceirização lícita são excetivas”. A relação de emprego clássica a que se refere Delgado (2013) tem

previsão legal nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, a partir de seus sujeitos: empregador e empregado. Estabelecem os requisitos da relação de emprego, para diferenciá-las da relação de trabalho.

A relação jurídica estabelecida na terceirização é contratual, regida pelo Direito Civil, pois a empresa tomadora contrata a empresa prestadora de serviços. Esta é constituída por trabalhadores com os quais estabelece as relações de emprego. A relação existente entre a empresa contratante (tomadora) e os trabalhadores da empresa contratada é de trabalho e não de emprego. É a caracterizada pela entrega de serviços executados por esses prestadores de serviços, que deverá ser feita de acordo com o que foi estabelecido no contrato celebrado entre as empresas (MARTINS, 2012).

Martins (2012) ensina que, apesar de não haver norma legal que proíba a contratação de serviços por terceiros, existem limites constitucionais e legais para a terceirização, estabelecidos nos artigos 3º e 170 da Constituição Federal de 1988. Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana, que consagra o direito de acesso ao trabalho, para a aquisição de condições mínimas de vida em sociedade. Para Martins (2012, p. 159), o princípio da livre iniciativa, que é consagrado pelo segundo desses preceitos constitucionais, prevê:

[...] serem lícitos quaisquer serviços, como se observa no Código Civil, ao tratar da prestação de serviços (arts. 593 e 609) e da empreitada (arts. 610 e 626), até mesmo porque os prestadores de serviços pagam impostos, como o ISS (Lei complementar nº 116/03). [...] A norma que trata do representante comercial autônomo, Lei nº 4886, de 9 de dezembro de 1965. [...]

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho teve por finalidade estabelecer os limites legais dos processos de terceirização, para que não houvesse a precarização dos direitos trabalhistas. Segundo o entendimento jurisprudencial dominante, é lícita, atualmente, no Brasil, a terceirização nas seguintes situações jurídicas: a) Contratação de trabalhador temporário (inciso I): regida pela Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Desde que atendidos os requisitos previstos na citada lei, não haverá que se falar em vínculo de emprego, se estiver destinado a atender acréscimo extraordinário de serviços ou substituição eventual de mão-de-obra permanente; b) Atividades de vigilância: regida pela Lei nº 7.102/83 (inciso III). Contratação de empresa especializada em serviços de vigilância patrimonial, que cumpram as determinações de lei específica, compostas por empregados que tenham formação

especializada em vigilância; c) Atividades de conservação e limpeza: foram as primeiras a serem terceirizadas pelas empresas privadas no Brasil. O inciso III, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, ampliou o rol de atividades que podem ser licitamente terceirizadas, ao aludir a “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta”. Para Delgado (2013, p. 452):

[...] Atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. [...]

Não se deve admitir que, em razão da terceirização, ocorra a precarização do trabalho. Seu intuito não deve ser o de contratação de mão-de-obra de baixo custo por empresas interpostas para burlar os direitos sociais dos trabalhadores. Segundo Reale (2009, p. 22):

[...] o Direito é como o rei Midas. Se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo em que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais. [...]

A terceirização não emanou do Direito, mas é regada por ele, principalmente pelo Direito do Trabalho, com a finalidade de preservar os interesses dos trabalhadores. Ao ser regulada pela legislação trabalhista, a terceirização submete-se às consequências jurídicas provenientes da ilicitude, se assim se materializar. A ilicitude da terceirização, no direito brasileiro, ocorrerá nos casos em que a atividade terceirizada não estiver prevista nos incisos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. No inciso III, classifica como lícita a terceirização das atividades-meio e, por consequência, veda a terceirização de atividades-fim. É oportuna a conceituação de atividade-fim, segundo Delgado (2013, p. 452):

[...] Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto

empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. [...]

Martins (2012, p. 130), quanto à atividade-fim, afirma que “diz respeito aos objetivos da empresa, incluindo a produção de bens ou serviços, a comercialização, etc. É a atividade central da empresa, direta, de seu objeto social”. Di Pietro (2013, p. 358) destaca que:

[...] Pela Instrução Normativa nº 3/97, do Ministério do Trabalho, é considerada empresa de prestação de serviços a terceiros aquela destinada a “realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última” (artigo 2º). Nos termos do artigo 5º, cabe à Fiscalização do Trabalho, quando da inspeção na empresa de prestação de serviços a terceiros ou na contratante, observar entre outros aspectos, o contrato social da empresa, “com a finalidade de constatar se as mesmas se propõem a explorar as mesmas atividades-fim”. A consequência é a lavratura do auto de infração em desfavor da contratante, pela caracterização do vínculo de emprego. [...]

A consequência jurídica imediata da terceirização ilícita é a responsabilização solidária dos contratantes de mão-de-obra terceira. Ademais, se ensejar os requisitos da pessoalidade, onerosidade e subordinação hierárquica (subordinação direta), mesmo que atendidas as hipóteses previstas na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, haverá o reconhecimento do vínculo de emprego com a empresa contratante, como ensina Cruz (2013, p. 13):

[...] A relação estabelecida entre a empresa prestadora de serviços e os trabalhadores é, em princípio, uma relação de emprego; ou seja, estes são empregados daquela. Já a relação estabelecida entre os trabalhadores e a empresa tomadora é, também em princípio, uma simples relação de trabalho. Esta relação, entretanto, poderá converter-se em relação de emprego, caso a terceirização seja considerada ilícita, isto é, se ocorrer em atividade-fim da tomadora ou, ainda que ocorra em atividade-meio, se houver pessoalidade ou subordinação direta. [...]

A responsabilidade advinda da ilicitude da terceirização transcende o valor jurídico e alcança interesses coletivos. É por meio do trabalho que as pessoas posicionam-se tanto econômica quanto socialmente, alcançando a autorrealização pessoal e de seus dependentes.

A relação trabalhista clássica confere aos empregadores os deveres

de contraprestação salarial e de recolhimento de encargos sociais e previdenciários. Não deve admitir qualquer tipo de relação de trabalho que possibilite a burla de direitos trabalhistas e a desoneração inconsequente do empregador.

5. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Santos (2010), a administração pública brasileira também pratica a terceirização com o fim de melhor aplicar os recursos financeiros, captados com a arrecadação dos tributos, os quais são limitados pelas restrições da sociedade. Cabe ao administrador público aplicar esses recursos de forma eficiente, para atender às necessidades da sociedade. Para Santos (2010, p. 32), o princípio da eficiência:

[...] orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo [...]. A eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer as necessidades coletivas, num regime de igualdade de usuários [...]. quando a Administração pública decide terceirizar determinada atividade isso se dá em razão da necessidade de eficiência dos recursos públicos, considerando que esses recursos são finitos, devendo, portanto, ser possibilitada a alocação no que realmente importa ao Estado, e essa “importância” é definida em termos políticos. [...]

Santos (2010) pondera que a terceirização na administração pública não deve visar a total ausência de custos, mas o uso mais eficiente dos recursos pela prestação de serviços por empresa especializada. Barros (2013, p. 425) adverte que:

[...] A terceirização requer cautela do ponto de vista econômico, pois implica planejamento de produtividade, qualidade e custos. Os cuidados devem ser redobrados do ponto de vista jurídico, porquanto a adoção de mão-de-obra terceirizada poderá implicar reconhecimento direto de vínculo de emprego com a tomadora de serviços, na hipótese de fraude, ou responsabilidade subsidiária desta última, quando inadimplente a prestadora de serviços. [...]

Martins (2012, p. 143) entende ser vantajosa a terceirização na administração pública, considerando que:

[...] o Estado, ao fazer terceirização, reduzirá a burocracia estatal, procurando desenvolver apenas a atividade em que é especializado, deixando atividades secundárias nas mãos do particular, que é mais eficiente. [...] uma forma de realocação de receitas para o cumprimento das reais responsabilidades, do Estado, com a diminuição de custos. [...]

As terceirizações pela administração pública e no setor privado têm a mesma finalidade de redução de custos nas atividades não essenciais (ou atividades meio), para a melhor entrega do serviço terceirizado. O que se discute é o grau de responsabilização das empresas que terceirizam suas atividades, frente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da não precarização do trabalho, nos setores privado e público (CRUZ, 2013).

Os procedimentos de terceirização são diferentes para os casos em destaque. No setor privado, a empresa segue suas diretrizes, normas e políticas para definição e contratação das terceirizadas e pode buscar, no mercado, as empresas que têm saúde financeira, fiscal e previdenciária. Acredita-se, dessa forma, que o setor privado deva se pautar, na escolha da empresa terceira, não só pelo baixo custo do serviço a ser contratado, mas pela idoneidade do fornecedor quanto ao recolhimento de encargos trabalhistas e fiscais junto aos órgãos da administração pública (CRUZ, 2013).

A contratação de empresas terceiras pela administração pública, por outro lado, reveste-se de algumas peculiaridades, entre as quais a da licitação, prevista na Lei nº 8.666/93. Por esse motivo, o poder público não tem a mesma flexibilidade de análise de verificação de menor custo, de solidez fiscal, financeira, econômica e de idoneidade trabalhista da empresa contratada. Por este prisma, discute-se o limite da responsabilização do Estado para a salvaguarda dos direitos trabalhistas dos trabalhadores de empresas terceirizadas que contrata.

Os conflitos trabalhistas decorrentes da terceirização, em sua maior parte, relacionam-se aos trabalhadores que pleiteiam o reconhecimento de vínculo de emprego com as empresas terceirizantes ou o recebimento de verbas rescisórias e de tantos outros direitos. A discussão sobre a responsabilidade do Estado pelo pagamento das verbas trabalhistas na inadimplência das empresas que contrata, que é diferenciada da conferida às empresas do setor privado, é atual e acalorada nos Tribunais brasileiros (CRUZ, 2013). A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho é a diretriz que mais se destaca na terceirização brasileira. Por ter emanado de disposições legais esparsas e por estar contextualizada em época de grande aumento das terceirizações, prevê situações contemporâneas e de grande relevância para as relações de trabalho. Para Delgado (2013, p. 438):

[...] A jurisprudência trabalhista, nos anos 1980 e 90, também se debruçou sobre o tema, que se generalizava com frequência cada vez mais significativa no âmbito do mercado laborativo do país. Nesse contexto, ao lado da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais lançadas nas decisões ocorridas nas últimas décadas, o Tribunal Superior do Trabalho editou duas Súmulas de jurisprudência uniforme, a de n.º 256, de 1986, e a de n.º 331, de dezembro de 1993 (esta última produzindo revisão da anterior Súmula 256). [...]

A inexistência de vínculo de emprego, prevista no inciso II, da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, é exceção reconhecida e incontroversa. A contratação nele referida tem previsão legal (Lei nº 7.102/83) e deve estar relacionada à atividade-meio do tomador de serviços. Há também exceção de vínculo de emprego, mesmo com a ilicitude da terceirização, prevista no mesmo inciso II, em relação à administração pública. Existe em razão de previsão constitucional, pois o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988 exige concurso público para que se estabeleça o vínculo de emprego com a administração pública. Martins (2012, p. 146) explica as consequências da contratação de mão-de-obra pela administração pública sem a realização do concurso público:

[...] Ressalte-se que o parágrafo 2º do artigo 37 da Constituição mostra que a não observância dos requisitos previstos no inciso II do mesmo artigo, entre os quais a necessidade de concurso público, implica a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da Lei. [...]

Para Barros (2013, p. 359), a previsão em estudo tem a finalidade de evitar injustas contratações pelos órgãos da administração pública direta e indireta:

[...] No tocante ao **item II da Súmula n. 331**, exclui-se a possibilidade de relação de emprego entre o trabalhador e os órgãos da administração pública direta ou indireta, quando aquele lhe presta serviços, por meio de contratação irregular, sem concurso público. O TST visou, principalmente, a coibir apadrinhamentos no serviço público e a dar efetividade ao comando do artigo 37 da Constituição da República de 1988 [...]. (destaque do original)

Caso a administração pública direta ou indireta incorra em terceirização ilícita, terá o dever de pagar pelos serviços prestados, de acordo com o montante pactuado pelas horas trabalhadas, respeitando o valor do salário

mínimo, além de indenizar os valores referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Para Barros (2013, p. 359):

[...] A corrente que prevalece sobre essa temática defere ao trabalhador contratado irregularmente apenas o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (Súmula n. 363 do TST). [...]

Está pacificado o entendimento pela impossibilidade de conversão da relação de trabalho em relação de emprego, no âmbito da administração pública, nos casos de terceirização ilícita. Para que não se deixe sem proteção o trabalhador, a administração pública deverá remunerá-lo pelo período trabalhado, inclusive quanto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. A grande discussão que ainda paira refere-se à responsabilidade subsidiária da administração pública nos casos de inadimplência da empresa contratada (SANTOS, 2010).

O inciso IV, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, editado em 1993, define que o contratante de mão-de-obra terceira responde pelo pagamento das verbas trabalhistas, caso a empresa contratada não o faça. Responsabilizou-se a empresa contratante com o simples inadimplemento pela empresa contratada. Para tanto, é necessária sua participação na relação jurídica processual, com condenação expressa em sentença. Segundo Delgado (2013, p. 478):

[...] Note-se que se ampliou a oportunidade de incidência da responsabilidade trabalhista em situações de terceirização: o simples inadimplemento (e não mais a decretação de falência ou insolvência da empresa terceirizante) autoriza a incidência responsabilizatória sobre a entidade tomadora de serviços. Ampliou-se, também, a abrangência de verbas submetidas à responsabilidade: todas as parcelas contratuais devidas pela empresa terceirizante ao obreiro terceirizado submetem-se à responsabilidade trabalhista da empresa tomadora. Atenuou-se, em contrapartida, para subsidiária (e não solidária) a responsabilidade decorrente da terceirização. [...]

A redação do inciso IV, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, foi alterada pela Resolução nº 96/2000, do mesmo órgão, de 11 de setembro de 2000, para se estender a responsabilidade subsidiária aos órgãos da administração pública direta, indireta e das fundações públicas. Diante da nova redação, iniciou-se a discussão quanto à colisão existente

com o parágrafo 1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93³. Santos (2010, p. 54/56) explica que a alteração na redação da súmula em estudo resultou da preocupação quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pelos órgãos da administração pública, nos casos de inadimplemento da empresa prestadora de serviços. A Resolução nº 96/2000, do Tribunal Superior do Trabalho, teve origem em acórdão proferido no Incidente de Uniformização Jurisprudencial nº 297751/2000, cuja ementa de decisão está abaixo transcrita:

[...] Embora o artigo 71 da Lei n. 8666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades [...]. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. [...] não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contrato, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. [...] Registre-se, por outro lado, que o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa se esse dano se origine diretamente da administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. [...]

Esse entendimento jurisprudencial baseou-se nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Se o Estado elege mal ou não zela pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, obrigações estas impostas por ele mesmo ao empregador, o

³ Artigo 71 da Lei nº 8.666/93: O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Parágrafo 1º: A inadimplência do contratado, com referências 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.

trabalhador terceirizado ficará sem proteção. As empresas contratadas pela administração pública também poderão usar de má-fé e inadimplir sem consequências jurídicas. Para Delgado (2013, p. 469/470):

[...] Em um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/88) e na valorização social do trabalho (artigo 1º, III, CF/88), que tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, I, II e III, CF/88), destinando-se também a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça (Preâmbulo da Constituição da República), não há espaço para fórmulas legais implícitas ou explícitas de diminuição da responsabilidade das entidades estatais. A Constituição e seu Estado Democrático de Direito apontam no sentido da acentuação da responsabilidade do Estado, e não de seu acanhamento. [...]

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Barros (2013, p. 426):

[...] Note-se que, se cabe ao particular responder pelos danos advindos da culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, com mais razão há de se exigir do Estado tal responsabilidade, uma vez que lhe compete realizar o bem comum, o qual não pode ser alcançado mediante lesão ao direito dos trabalhadores. Nesse sentido orienta-se o TST. [...]

Santos (2010) expressa entendimento diverso, ao afirmar que a finalidade da terceirização na administração pública é a redução dos custos e a realocação dos recursos públicos e que a declaração de responsabilidade subsidiária implicaria na perda da finalidade da terceirização por esses órgãos. Segundo Santos (2010, p. 43):

[...] Com efeito, considerando que a terceirização é utilizada no sentido de tentar utilizar de forma eficiente os recursos públicos, como poderia a Administração pública ser responsável por algum débito do prestador de serviços terceirizados? Referida imputação de responsabilidade deve ser colocada em discussão, na medida em que vai de encontro com as próprias razões de se decidir terceirizar, ou seja, procura-se reduzir custos com a terceirização e se impõe uma responsabilidade que aumenta os custos, eis que, pelo simples fato de haver o inadimplemento do empregador, a Administração pública responde perante o empregado. [...]

Di Pietro (2013) entende que não há sequer antinomia legal, porque a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho regra o fornecimento de mão-de-obra, o que a lei de licitações não abarca. Para Di Pietro (2013, p. 360):

[...] O meu entendimento sempre foi o de que o conflito, na realidade, não existe, tendo em vista que a Súmula refere-se ao fornecimento de mão-de-obra, enquanto o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8666 só pode estar abrangendo os contratos regidos por essa lei, dentre os quais não se insere o do fornecimento de mão-de-obra. Nem poderia a Súmula sobrepor-se ao disposto em lei, a menos que fosse considerado inconstitucional por interpretação judicial. No entanto, o conflito surgiu em decorrência da forma pela qual a Justiça do Trabalho vinha aplicando o item IV da Súmula, estendendo-o a praticamente todos os tipos de contratos administrativos. Daí o conflito: enquanto o dispositivo legal afasta a transferência, para a Administração pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, o item IV da Súmula prevê a responsabilização da Administração pública (Direta e Indireta), em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que a mesma tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. [...]

Diante de repetidas condenações dos órgãos da administração pública pelas Varas do Trabalho, confirmadas pelos Tribunais, a discussão jurídica chegou ao Supremo Tribunal Federal, com a Ação de Direta de Constitucionalidade nº 16, proposta pelo Governo do Distrito Federal. Sua finalidade foi declarar que o parágrafo 1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93 é constitucional, para barrar a aplicação do inciso IV, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho em relação aos órgãos da administração pública na terceirização. O Supremo Tribunal Federal decidiu por sua constitucionalidade, em acórdão lavrado com a seguinte ementa:

[...] Responsabilidade Contratual Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo artigo 71, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 8666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no artigo 71, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 8666, de 26 de Junho de 1993, com redação pela Lei nº 9032, de 1995. [...]

Alegou-se que os juízos e Tribunais da Justiça do Trabalho consideravam inconstitucional o parágrafo 1º, artigo 71, da Lei nº 8.666/93, quando condenavam os órgãos públicos por responsabilidade subsidiária na terceirização. Pleiteou-se a concessão de medida liminar, para que o Supremo Tribunal Federal, até o julgamento da ação direta de constitucionalidade, determinasse que a Justiça do Trabalho suspendesse os processos que envolvessem a aplicação do inciso IV, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, e que determinasse a suspensão dos efeitos das decisões prolatadas, com efeito retroativo, o que foi indeferido. Foi declarada a constitucionalidade do parágrafo 1º, artigo 71, da lei de licitações, mas não com entendimento unânime no que tange à responsabilidade do Estado pelo pagamento dos débitos trabalhistas na terceirização.

Di Pietro (2013, p. 360) explica que a decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 confere constitucionalidade ao artigo 71, parágrafo 1º, da lei de licitações, ressaltando que “o acórdão não afastou a possibilidade de ser examinado pelo Tribunal Superior do Trabalho, em cada caso concreto, se a inadimplência do contratado teve como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante”. Após a publicação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação em referência, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do item IV, da Súmula 331, e acrescentou os incisos V e VI.⁴

Com o devido respeito à decisão suprema, a ausência de responsabilização por deveres impostos pelo próprio Estado não se coaduna com os princípios consagrados pelo Estado Democrático de Direito. A declaração de responsabilidade subsidiária da administração pública é imprescindível. O ente da administração pública, que tenha sido parte na ação trabalhista proposta por trabalhadores terceirizados que não receberam verbas trabalhistas pelos serviços prestados, deverá ser responsabilizado conjuntamente, assim como ocorre com o particular (DELGADO, 2013).

O objetivo da terceirização não deve ser apenas o de reduzir custos

⁴ Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: (...) IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada. IV – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

com a mão-de-obra, o que deve ocorrer com a negociação do serviço a ser contratado. A empresa contratada não deve usar o inadimplemento de verbas trabalhistas para reduzir seus custos, mas sim a boa administração dos serviços. Os serviços especializados devem ser prestados com maior qualidade, principalmente junto à administração pública, que tem que evitar a precarização da mão-de-obra e o retrocesso na condição de vida dos trabalhadores brasileiros. A fiscalização, porém, foi a chave escolhida pela Suprema Corte para que não haja a responsabilização da administração pública na hipótese de inadimplência da empresa contratada em relação às verbas trabalhistas. Delgado (2013, p. 471) afirma que:

[...] O novo texto da Súmula 331, V, do TST, divulgado em 2011, realiza a adequação da jurisprudência trabalhista à decisão do STF, eliminando a ideia de responsabilidade objetiva e também de responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo*. Mas, perversa a responsabilidade subjetiva por culpa *in vigilando* (omissão do dever fiscalizatório), conforme deflui do mesmo julgamento da Corte Máxima (ADC 16). [...]

Para Martins (2013, p. 168), a palavra fiscalizar, “em sentido estrito, ou seja, para o Direito do Trabalho, tem o sentido de verificar a observância da norma legal e orientação em sua aplicação”. Vieira e Furtado (2013) enfatizam a importância da existência da gestão dos contratos, destacando que a administração pública deve se organizar de forma a fiscalizar a empresa contratada, verificando se os documentos relacionados aos recolhimentos previdenciários e de fundo de garantia do tempo de serviço estão atualizados e se os dados lançados nas respectivas guias e na folha de pagamento são congruentes.

Martins (2012, p. 169) explica que o tema da fiscalização gerou grande preocupação para o Ministério do Trabalho, devido à intensificação da prática de terceirização na administração pública. Fraudes e burlas às normas trabalhistas estavam ocorrendo em grande escala e, como forma de reduzi-las, referido órgão editou a Instrução Normativa nº 7/90, “revogada pela Instrução Normativa nº 3, de 1º-9-97, que passou a tratar da fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário”.

Vieira e Furtado (2013) destacam as precauções que devem ser tomadas pela administração pública ao terceirizar. Orientam que a administração pública deverá realizar a integração com os empregados da empresa contratada, de forma a esclarecer as condições do contrato celebrado entre o

órgão contratante da administração pública e a empresa para a qual prestam serviços. É necessário esclarecer que o trabalho precisa ser feito de forma a atender o que foi contratado e que poderá ser solicitada a substituição dos trabalhadores, caso não desempenhem satisfatoriamente suas atividades, ressaltando-se que não são seus empregados, mas sim da empresa que os contratou. Vieira e Furtado (2013) recomendam que a administração pública solicite à empresa contratada que eleja um representante, com o qual manterá contatos quando for necessária a orientação do trabalho. São meios de evitar as alegações de subordinação hierárquica e de pessoalidade, que são ensejadoras da terceirização ilícita. Para Vieira e Furtado (2013, p. 45):

[...] Assim, configurada a situação definida nos incisos V e VI da nova redação da Súmula TST nº 331, caberá a responsabilização subsidiária, desde que o órgão contratante não realize a devida fiscalização dos recolhimentos dos encargos devidos pelos prestadores dos serviços na execução do contrato. [...]

Santos (2010) defende que a administração pública não pode ser responsabilizada pela inadimplência da empresa contratada, ainda que subsidiariamente. Para ele, o maior enfoque da terceirização pela administração pública é a melhor aplicação dos recursos, que são públicos, por advirem da arrecadação dos valores pagos pelos cidadãos. Sustenta que fiscalizar a empresa contratada onera a terceirização e a descaracteriza, o que denomina desnaturação da terceirização. Afirma que o fato da administração pública fiscalizar se a empresa contratada efetua os pagamentos aos seus trabalhadores implica no estabelecimento de vínculo de emprego direto, em razão de sua ingerência. Conforme Santos (2010, p. 65):

[...] Com efeito, é necessário conhecer como as regras que tratam dos regimes de responsabilidade repercutem na sociedade como estruturas de incentivos, pois, pelo que se demonstrou até o presente momento, há um aumento dos custos de transação, em se adotar a responsabilidade subsidiária, o que vai de encontro à ideia de terceirização. [...]

Martins (2012, p. 171), ao discorrer sobre as orientações do Ministério do Trabalho, baixadas com a finalidade de afastar a responsabilização subsidiária da administração pública na terceirização, afirma que:

[...] Recomenda-se também ao próprio terceirizante que fiscalize a empresa terceirizada, pois poderá assumir as obrigações trabalhistas deste caso ela não pague corretamente.

mente seus empregados, ou venha a fraudar os direitos dos obreiros. Deve, inclusive, o terceirizante certificar-se de que a atividade do terceirizado é regular, de que os empregados do terceirizado são registrados, de que recebem as verbas trabalhistas pertinentes, podendo exigir do terceirizado que os documentos atinentes aos empregados fiquem em sua empresa para eventual verificação da fiscalização trabalhista. O terceirizante pode estabelecer no contrato de prestação de serviços que o terceiro, para o pagamento de sua remuneração, comprove os recolhimentos devidos ao INSS, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, Cofins, PIS, Imposto de Renda na fonte, recibo de pagamento dos funcionários e outras verbas trabalhistas, sob pena de não liberar ao terceirizado o pagamento dos serviços prestados. Tal procedimento evita que o terceirizante, posteriormente, seja responsabilizado por débitos fiscais, trabalhistas ou previdenciários do terceirizado. Isso já ocorre, por exemplo, na construção civil, em que se exige a comprovação das contribuições do INSS e ISS, por exemplo, sem a qual, posteriormente, não se conseguirá o “habite-se” para a construção, e também com as empresas de limpeza, de trabalho temporário e de vigilância. [...]

Essa fiscalização não atinge diretamente o trabalhador e não o subordina à empresa contratante, pois o que se pretende é a gestão de contratos. Recai sobre a empresa prestadora de serviços e reduz a possibilidade de prejuízo à empresa contratante e ao empregado da empresa contratada. Esta deve apresentar seus documentos, solicitação que é feita ao seu representante legal e não aos trabalhadores. Santos (2010, p. 55/56), ao tratar de culpa *in vigilando* proveniente da falta de fiscalização na terceirização, afirma que:

[...] é o caso de “comportamento omissivo ou irregular” em não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços terceirizados. Desta forma, a responsabilidade se originária do que se denominou *culpa in vigilando*, por não obrigar o cumprimento das obrigações trabalhista do empregador. [...] O argumento que trata da responsabilidade por culpa *in vigilando* é restrito à hipótese de “comportamento omissivo” do tomador de serviços, não se pontuando, no caso, qual a obrigação legal. [...] (destaques do original).

A fiscalização deve ter em mira o contrato de prestação de serviços terceirizados. Se a empresa contratada recolhe adequadamente seus impostos e paga as verbas trabalhistas, a chance de inadimplir ao final de contrato é menor. Se for comprovado o acompanhamento da administração pública na execução do contrato firmado, não há que falar em culpa em vigiar, cuidar

e zelar. Desta forma, restará provado que a empresa contratada agiu de má-fé com seus empregados, com a administração pública e com a sociedade. Caberá, em qualquer caso, ação de regresso da administração pública contra a empresa que inadimpliu e gerou sua responsabilização subsidiária (DI PIETRO, 2013).

Argumenta-se que falta previsão legal para que a administração pública atue na fiscalização dos contratos por ela estabelecidos. Sustenta-se que a administração pública só poderá agir em razão de determinação legal expressa (artigo 37 da Constituição Federal), diante do princípio da legalidade. Mas a previsão reside no inciso V, da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e a própria lei de licitações, no capítulo que trata da execução dos contratos, no artigo 67, prescreve que “deverá ser acompanhada por um representante da administração especialmente designado”. Prevê, ainda, que a fiscalização da execução do contrato poderá ser feita por profissional contratado somente para essa atividade. Segundo Di Pietro (2013, p. 361):

[...] O fato é que, diante da decisão do STF, incorporada no item V da Súmula nº 331, do TST, a Administração pública deve tomar algumas cautelas: a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei 8666/93; b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma Lei; c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis; d) exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) referida pela Lei nº 112440, 7-7-11. [...]

Os trabalhadores não podem ser deixados à margem da legislação trabalhista, o que geraria ainda mais custos para a administração pública. Nessas situações, adviriam problemas socioeconômicos, pois toda a sociedade sofreria os reflexos da má terceirização. Trabalhadores que oferecem seu trabalho e não encontram contraprestação salarial ficam sem condições de se manter, de forma digna, na sociedade. As verbas trabalhistas têm natureza alimentar e o problema poderá atingir a família do trabalhador que não as recebe (DELGADO, 2013).

O planejamento e a gestão dos contratos pela administração pública

na terceirização são responsabilidades do administrador. Não pode haver discrepâncias na responsabilização entre o particular e a administração pública, pois esta última deve ser a primeira a zelar pelo equilíbrio social. Di Pietro (2013, p. 360/361) menciona decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, que foi reformada pelo Supremo Tribunal Federal, após decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, movida pelo Distrito Federal:

[...] Posteriormente, em reclamações dirigidas ao STF, em razão do descumprimento do acórdão proferido na ADC nº 16-DF, os Ministros, em decisões monocráticas, têm cassado acórdãos proferidos pelo TST e determinado que outros sejam proferidos. Foi o que ocorreu nos autos do AIRR-130940-64.2007.5.02.0022, ajuizado pelo Estado de São Paulo contra decisão proferida pela 4ª Turma do TST. Citando outros precedentes, a Ministra Carmem Lúcia julgou procedente a reclamação para cassar decisão proferida pela 4ª Turma do TST e determinar que outra decisão fosse proferida como de direito (decisão de 15-9-11) [...]. Sem a adoção dessas cautelas, a Administração pública, acionada perante a Justiça do Trabalho, poderá ser responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas. Se tomadas essas cautelas, ainda assim o TST decretar a responsabilidade subsidiária da Administração pública com fundamento na Súmula 331 cabe reclamação administrativa ao STF. [...]

É ilustrativo acórdão datado de 12 de fevereiro de 2013, proferido em agravo regimental interposto na reclamação nº 12.850. Alegou-se que o julgamento foi feito com base no antigo texto do inciso IV, da Súmula 331, do Supremo Tribunal do Trabalho, em desrespeito à decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. Nesse caso, houve evocação direta do processo pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, o recurso não foi provido, pois se entendeu que o Tribunal Regional do Trabalho analisou as provas produzidas e baixou a condenação porque a administração pública incorreu na culpa *in vigilando*.⁵ A alegação de

⁵ Ementa: Reclamação – Alegação de desrespeito à autoridade da decisão proferida, com efeito vinculante, no exame da ADC 16/DF – Inocorrência - Responsabilidade subsidiária da administração pública por débitos trabalhistas (lei 8666/93, art. 71, parágrafo 1º) – Ato judicial reclamado *plenamente justificado*, no caso, pelo reconhecimento de situação configuradora de culpa *in vigilando*, *in eligendo* ou *in omittendo* – dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas contratadas, das obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado (lei nº 8666/93, artigo 67 – precedentes) – recurso de agravo improvido.

inconstitucionalidade das decisões tem permitido que o Supremo Tribunal Federal conheça de evocações diretas para analisar os recursos.

Assim, a administração pública deve adotar medidas de fiscalização dos contratos de terceirização que celebra, para evitar a condenação por responsabilidade subsidiária, quando as empresas que contrata incorrem em inadimplência e o trabalhador pleiteia seus valores judicialmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho deve buscar o equilíbrio entre a necessidade contínua da sociedade de progredir e a preservação dos direitos dos trabalhadores. A terceirização de serviços é regulada precariamente por leis esparsas, o que demanda a atuação mais incisiva da jurisprudência. Isto é feito por meio da edição de súmulas, dadas as consequências jurídicas advindas das relações que esse fenômeno proporciona.

A terceirização quebra a relação de emprego clássica, pois insere um intermediário na prestação de serviços. Não se pode permitir, no entanto, que essa forma de trabalho seja usada como subterfúgio para se desrespeitar os direitos trabalhistas. Para tanto, a saída conciliatória encontrada pela jurisprudência foi a responsabilização subsidiária do tomador de serviços pelo cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa contratada. Essa consequência independe da ilicitude da terceirização, como se extrai do inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e tem foros de responsabilidade objetiva.

A relação de emprego, como determina a legislação nacional, estabelece obrigações trabalhistas ao empregador. Ao terceirizar, a empresa contratante não assume, em um primeiro momento, essas obrigações, visto que não há vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador de serviços. Caso estejam presentes na relação jurídica os elementos de vínculo de emprego entre o prestador de serviços e a empresa contratante, esta obrigação passará a existir, exceto para o emprego público, por vedação constitucional.

Assim, na terceirização, aplicam-se os conceitos de responsabilidades conjunta e objetiva. O contratante responderá pelas obrigações trabalhistas da empresa contratada se esta não o fizer. Por outro lado, se exercer o poder de comando e de direcionamento das atividades (subordinação hierárquica), de direto pagamento ao terceiro (onerosidade), se sempre for disponibilizado o mesmo trabalhador para realizar os serviços (pessoalidade)

e se a atividade-fim da empresa contratante for objeto do contrato, a terceirização estará descaracterizada e haverá a responsabilização imediata do tomador de serviços.

Contudo, decisão proferida na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal ressaltou a situação das contratações por entidades da administração pública, exigindo, para sua responsabilização subsidiária, prova da ausência de fiscalização do cumprimento dessas obrigações. Invocou-se como fundamento a Lei nº 8.666/93, especialmente quanto à exigência de licitações para a realização desses contratos, o que impediria a responsabilização por simples culpa de eleição, exigindo a caracterização da culpa de vigilância. O órgão público que terceiriza tem, indubitavelmente, a obrigação de fiscalizar seus contratos e de garantir que as empresas contratadas tenham saúde financeira, fiscal, previdenciária e trabalhista, de forma a reduzir a possibilidade de inadimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

A terceirização não pode ser instrumento de precarização de direitos trabalhistas. Terceirizar é prática para a obtenção de serviços especializados com melhores resultados de qualidade e eficiência, mas os princípios da proteção, da primazia da realidade e da continuidade da relação de emprego devem ser respeitados. A terceirização não deve se cingir à busca pela redução de custos com a mão-de-obra, o que pode ser alcançado na negociação do contrato e com a boa administração da prestação de serviços pela empresa contratada.

Esses objetivos devem ser buscados por todos os que a praticam a terceirização, principalmente pela administração pública. É a maior interessada em que não ocorra no país a precarização da mão-de-obra e o retrocesso na condição de vida dos trabalhadores. A administração pública deve se preocupar com os direitos dos trabalhadores, sobretudo o de receber a devida remuneração pelos serviços prestados. Assim, tem o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela empresa contratada para a execução dos serviços, sob pena de responder por elas. O atendimento das necessidades da sociedade com a prestação de serviços públicos de formas direta e indireta, esta desde que não se refiram à atividade-fim, deve conferir ao trabalhador segurança social, com as garantias trabalhistas preceituadas em lei, alicerçadas no princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.

REFERÊNCIAS

- BARROS, A. M.. **Curso de direito do trabalho**. 9ª edição, São Paulo: LTr, 2013, 1104 p.
- CRUZ, L. C. L.. **Responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas nos contratos de terceirização**, Brasília, 2013, 60 p. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2499248.pdf>>. Acesso em setembro de 2013.
- DELGADO, M. G.. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 12ª edição, 2013, 1504 p.
- DI PIETRO, M. S . Z.. **Direito administrativo**. 26ª edição, São Paulo: Atlas, 2013, 938 p.
- MARTINS, S, P.. **A terceirização e o direito do trabalho**. 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, 185 p.
- REALE, M.. **Lições preliminares de direito**. 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, 391 p.
- SANTOS, D. P. F.. **Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária**, São Paulo: Saraiva, 2010, 123 p.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24/08/2013.
- VIEIRA, A. P.; FURTADO, M. R.. **Gestão de contratos de terceirização na administração pública**. 5ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2013, 431 p.