

TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Juliana Bernardes¹
Teresa Freire²

Resumo

Com o objetivo de analisar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública junto à tomadora de serviços, este artigo estuda a terceirização restrita ao âmbito do serviço público, analisando a possível divergência entre a lei de Licitações e Contratos e a Súmula n. 331 do TST. Posteriormente ressalta a importância de a gestão pública fazer uso correto dos instrumentos da terceirização - da fiscalização de contratos - sem incorrer em ilegalidades. O estudo conclui que não há divergência entre as normas citadas e, por fim, questiona a dignidade da pessoa humana no âmbito da terceirização.

I. Introdução

O mundo pós-moderno, a contemporaneidade, nos apresenta grande diversidade no que tange às contratações e relações trabalhistas. A crise no mundo do trabalho, a partir da segunda metade do século XIX oportuniza novas formas de relações trabalhistas. O movimento da terceirização é uma das inovações que surge a partir da segunda metade do século passado. A palavra terceirização, um neologismo, foi criada para definir a intermediação de um terceiro na relação tradicional entre tomador de serviços e o trabalhador, como se a mão de obra fosse uma mercadoria, objeto de negociação (Gíglío, 2011).

A terceirização é um fato que se faz presente em muitos países do mundo. No Brasil, tanto empresas privadas quanto públicas utilizam-se da terceirização de

¹ Juliana Bernardes é servidora do Tribunal Superior do Trabalho, bibliotecária e pós-graduanda em Gestão da Informação pelo Instituto Blaise Pascoal.

² Teresa Cristina Guedes Freire é servidora do Tribunal Superior do Trabalho, teóloga, psicóloga, terapeuta comunitária, psicanalista e mestre em Psicologia Clínica e Cultura pela UnB.

serviços. A preocupação com a tendência a terceirizar no Setor Público inicia-se nas décadas de 60 e 70, com o Decreto-lei n. 200/1967 e a Lei 5.645/70. Na tentativa de proteger a administração pública e “impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa” (Decreto-lei n. 200/1967), o Estado, ao terceirizar suas atividades secundárias, deixando-as nas mãos do particular, torna-se mais eficiente, argumentam alguns pensadores dessa temática. Porém, foi a excessiva exploração da mão de obra terceirizada pelo setor privado (indústria e comércio) que provocou maior controle desta prática. De acordo com os preceitos legais que serão apontados ao longo do artigo, a terceirização na Administração Pública pode e vem sendo realizada como forma plenamente lícita de contratação de terceiros.

Este artigo objetiva estudar a terceirização restrita ao âmbito do serviço público. Especificamente, pretende-se discutir a responsabilidade subsidiária dos Órgãos públicos nos contratos de terceirização.

II. Responsabilidade subsidiária

Define-se como responsabilidade subsidiária o que vem em reforço de, ou em substituição de. Segundo MARTINS (2011, p. 137), é uma espécie de ordem; não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (empresa tomadora dos serviços).

A responsabilidade subsidiária não está expressamente prevista em lei, sua orientação é decorrente do inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

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

Assim, a responsabilidade das empresas contratantes em relação aos empregados das terceirizadas e sobre o direito do empregado advém da aplicabilidade da Súmula 331 do TST, que considera para fins de responsabilização da contratante a chamada culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, ou seja, quem

contrata deve escolher com prudência a empresa prestadora de serviços e tem a obrigação de vigiar o serviço contratado. É caracterizada, no caso de não pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado terceirizado, a inidoneidade financeira da empresa. Isso configura a culpa *in eligendo* e *in vigilando* da tomadora dos serviços pela escolha inadequada de empresa inidônea financeiramente e pela não fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

A responsabilidade subsidiária ocorre somente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços. Nesse caso, o responsável subsidiário (o tomador de serviços) responderá, desde que tenha participado da relação processual e já tenha havido o trânsito em julgado da decisão.

É importante a análise dos casos de contratação e não a aplicação indiscriminada da Súmula 331 do TST nos casos de decisões judiciais que equiparam todo e qualquer contratante de serviços como responsáveis pelos direitos trabalhistas de empresas terceirizadas (ALMEIDA, p. 1374).

O aparente conflito decorria do disposto no artigo 71, § 1º da Lei de Licitações e Contratos Públicos e o texto do Enunciado 331, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho. A seguir, alguns artigos da Lei de Licitações e Contratos (1º e 54 e 71) e a Súmula 331.

III. Possível divergência entre a Lei n. 8.666 e a Súmula 331

a. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

(...)

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

(...)

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

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

§ 2º. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31, da Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991.

- b. **Enunciado 331** - Revisão da Súmula 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 - Alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - **Mantida** - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Contrato de Prestação de serviços – Legalidade

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

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (Art. 37,II, da CF/1988); Revisão do Enunciado nº. 256 – TST.

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº. 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador implica responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)".

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

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

Optou-se por escrever sobre o tema não apenas em virtude da alegada existência de conflito entre o artigo 71 e o Enunciado 331, como também por ser uma problemática que faz parte da vida profissional de muitos servidores públicos que são fiscais de contrato de terceirização. Lembrando que qualquer servidor é

passível de assumir tal responsabilidade. Assim, discute-se brevemente a cerca deste conflito e posteriormente debate-se sobre a fiscalização de contratos.

Na "pirâmide de Kelsen" a Súmula n. 331 situa-se abaixo da lei. A conclusão da doutrina, que o jurista defende, é no sentido de que a Súmula n. 331 não poderia revogar a Lei 8.666/93. No seu entender, a Súmula n. 331 afronta o artigo 37 da Constituição Federal, em especial o princípio da legalidade.

Por outro lado, pode-se entender que a responsabilidade subsidiária dos entes públicos decorre de texto legal, de lei situada no mesmo nível hierárquico da Lei 8.666/93. A Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, aplica-se a todas as relações entre empregado e empregador. Também não é segredo que a valorização do trabalho é fundamento da República Federativa do Brasil, por força do artigo 1º, inciso IV, da CF/88 a qual também visa assegurar uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, e a todos, uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, de acordo com o artigo 170 da Constituição Federal.

Com este entendimento não haveria conflito de hierarquia entre o contido no § 1º, do artigo 71 da Lei de Licitações e a Súmulas n. 331 do TST. Nota-se isto nos artigos 8º e 9º da CLT, que dispõem:

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, e acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Assim sendo, a responsabilização subsidiária dos órgãos da Administração Pública, pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas perante os empregados da contratada, não encontraria óbice com base na Lei de Licitações. Ora, a lei de Licitações e Contratos não regula as relações entre as empresas contratadas e os empregados desta, mas disciplina exclusivamente o contrato estabelecido entre a administração licitante e o

prestador de serviços. A Administração Pública deve observar os princípios da legalidade, impessoalidade e da moralidade previstos no artigo 37, da Constituição Federal. Entende-se que os entes públicos, ao agirem, não podem provocar lesão ao empregado que não tenha recebido os créditos trabalhistas.

É fato que o primeiro requisito para fornecer ao Estado é o "menor preço". Quem oferece o preço mais baixo para a execução de obra ou serviço e cumpre outros eventuais requisitos vence a concorrência, mesmo que o preço ofertado esteja muito aquém da média de mercado. São frequentes os casos em que os preços ofertados à Administração Pública não cobrem sequer os custos com insumos de boa qualidade. Logo, se assim é, a Administração Pública não pode agir como um agente privado inescrupuloso que busca sempre o maior ganho. O Estado deve agir com boa-fé, zelando para que prevaleça a moralidade administrativa (OLIVEIRA, 2012).

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal dispõe que a pessoa jurídica de direito público responderá pelos danos causados a terceiros. Oliveira entende que o artigo 71 da Lei de Licitações não afronta às normas constitucionais previstas nos artigos 1ª, 6º, 7ª, 37, § 6ª e 170 da CF/88. Segundo o autor:

Na nossa forma de compreensão, o § 1º, do artigo 71 da Lei de Licitações deixa claro que a Administração Pública buscará o ressarcimento pelo prejuízo causado com o inadimplemento, pelo vencedor do certame para a aquisição de obras e de serviços, das obrigações trabalhistas e fiscais não honradas e satisfeitas pelo Estado. É a única interpretação possível diante de todos os dispositivos citados, da interpretação da Lei 8.666/93 com as disposições da CLT. (OLIVEIRA, 2012).

Conclui-se não haver conflito entre o artigo 71, § 1ª, da Lei 8.666/93 e a Súmula n. 331 do TST, porque o entendimento jurisprudencial apenas cristaliza a interpretação do plexo das normas citadas.

IV. Fiscalização de contratos

É importante ressaltar as características da gestão administrativa que possibilitam uma releitura do fenômeno da terceirização. A Administração Pública deve

fazer uso correto desse instituto sem incorrer em ilegalidades e posterior responsabilidade como já foi exposto ao longo do artigo.

De acordo com Cunha (2011):

o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 considerou no mérito que a inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade (p. 135).

No entanto, a tendência da Justiça do Trabalho não deve ser analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente o enunciado da súmula n. 331 do TST. Diante de tal contexto, cabe a Administração Pública observar dois enfoques distintos no sentido de viabilizar e adequar aos preceitos legais suas contratações de mão de obra pela terceirização, são eles:

1. Controle prévio no certame licitatório à contratação administrativa (terceirização), no qual deverá a Administração zelar pela melhor contratação possível em termos de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira, a abranger caracteres de saúde financeira e capacidade de adimplemento da contratada nos moldes dispostos, sobretudo, no art. 31 da Lei n. 8.666/93 (vide a redação da Lei n. 8.666/93);
2. Controle concomitante à execução contratual, em nítido viés fiscalizatório (vide art. 67 da Lei n. 8.666/93), na busca da integral consecução dos termos ajustados e no adimplemento de todas as parcelas acessórias à prestação contratada (*in casu*, todas as decorrências de natureza trabalhista advindas da disponibilização de mão de obra).

Os dois enfoques acima elencados representam o elemento subjetivo da conduta administrativa em relação à terceirização de mão de obra: a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. A culpa *in eligendo* está ligada à metodologia e forma de escolha do fornecedor de mão de obra terceirizada. Nesse sentido, cabe à Administração Pública a máxima diligência na escolha do contratado com base nos institutos habilitatórios e qualificatórios dispostos na Lei de Licitações e Contratos.

Assim, o administrador público deve zelar pela escolha de fornecedor apto a honrar com a prestação pretendida sem descuidar das implicações jurídico-econômicas dela provenientes. Já a figura da culpa *in vigilando* recai sobre o bojo da contratação propriamente dita, é a quebra do dever legal de vigilância que reside na efetiva gestão e fiscalização contratual assumindo, assim, papel de destaque na ação administrativa.

É no momento da gestão e fiscalização contratual que eventuais omissões podem e devem ser evitadas a fim de que seja efetivo o cumprimento do contrato e afastadas futuras responsabilizações. Deve-se frisar que:

a gestão de contratos é um serviço geral de administração dos instrumentos contratuais, a fiscalização remete-se à atividade mais pontual e especializada, para cujo desempenho é indispensável que a Administração Pública designe formalmente um agente, com conhecimento técnico suficiente. Tal agente - fiscal - , com o auxílio das normas pertinentes à contratação, deverá desempenhar minuciosa conferência qualitativa e quantitativa dos serviços contratos objeto do contrato, bem como fiscalizar o pagamento dos encargos trabalhistas e seus consectários, em relação aos funcionários da contratada, evitando futuras condenações da Administração pública com base na responsabilidade solidária/subsidiária (CUNHA, 2011, p. 137).

Caberá então, ao fiscal do contrato uma atuação focal e especializada no tocante à verificação e constatação do efetivo pagamento das verbas trabalhistas, por isso, a necessidade de que esse fiscal possua conhecimento técnico na área (*in casu*, orientação jurídico-trabalhista). Assim, sugere Cunha (2011) que haja uma pluralidade de fiscais, cada qual afeto à área específica de atuação no contrato, como exemplo, um fiscal para a fiscalização da execução da mão de obra contratada e outro para as decorrências jurídico-laborais da contratação.

A fiscalização contratual deve representar instrumental apto e necessário ao correto exercício da atividade administrativa principalmente no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública fomentando uma mudança significativa no exercício da primazia do interesse público subjacentes à contratação administrativa.

Tambellini (2012) considera que para evitar sua responsabilização subsidiária, cabe à Administração a implantação de mecanismos que lhe permitam acompanhar o regular cumprimento, pelas empresas contratadas, de suas obrigações.

Sugere ainda exigências no edital e em cláusula contratual. Mas podemos ir mais além, nas considerações finais expressamos, de forma breve nosso entendimento e dúvidas a cerca desta temática.

V. Considerações finais

Entendemos que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária, sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI-16, decorre da omissão do ente público, circunstância que deve impor um maior zelo na fiscalização. Ou seja, o cuidado da Administração Pública na pesquisa, contratação, gestão e fiscalização do contrato (incluindo aplicação de sanções) pode ser o caminho para uma administração justa e solidária primando pela dignidade da pessoa humana.

Ora, a questão da terceirização não pode se limitar à legalidade formal, é necessário considerarmos o aspecto moral, humano das relações. A questão do subemprego e da precarização do trabalho é um fato que merece ser discutido incessantemente e eternamente. Como afirmamos no início, a terceirização não tem volta, então, não podemos nos circunscrever a argumentar sobre sua legalidade ou não, mas sim trabalharmos, como servidores público, em prol de uma terceirização que se aproxime do ideal de justiça. Afinal, devemos primar por construir uma sociedade livre, justa e solidária, como bem expressa o art. 3, I, da CF/1988.

Outro argumento utilizado em favor a terceirização é o de redução de custos. Porém, esse discurso pode ser falacioso, parece haver algo mais por trás desse discurso de economia. Não podemos fechar os olhos ao enriquecimento ilícito e à “máfia” que se sustenta através de algumas empresas de prestação de serviços.

Outro ponto relevante a ser destacado, mas não esgotado, é o fato de que deve haver um limite para a terceirização, não podemos terceirizar os serviços essenciais. É atributo do servidor público algumas prerrogativas e responsabilidades. Mas, a título de questionamento, levantamos outro ponto de vista: se é permitido terceirizar mão de obra pouco qualificada, a exemplo dos trabalhadores da limpeza, por que não então, a do assessor que elabora votos? De alguma forma não estariamos também legitimando a precarização desses serviços?

São muitas as questões que podemos estudar, mas são poucas as respostas. Cabe a nós, cidadãos, investigar esse fenômeno, identificar os prós e contra desse modelo e, quem sabe, podermos contribuir com propostas de soluções alicerçadas na

humanidade e dignidade tão necessárias para se gerir com responsabilidade solidária e justiça esta modalidade de contrato.

VI. Referências bibliográficas:

ALMEIDA, Ricardo. Terceirização da mão de obra na Justiça do Trabalho e a aplicação da Súmula n. 331 do TST. **Jornal trabalhista Consulex**, v. 28, n. 1374, p. 13, maio 2011.

CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência, p. 131-138. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011.

GIGLIO, Wagner D. Terceirização. **Revista LTr: legislação do trabalho**, v. 75, n. 4, p. 391-394, abr. 2011.

BRASIL. **Licitações e contratos da administração pública**: Lei nº 8.666, de 21-6-1993, com as atualizações das Leis nº 11.763, de 1º-8-2008, e 11.783, de 17-9-2008. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 11. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Eduardo Figueredo. **Responsabilidade do Estado por Dívidas Trabalhistas Decorrentes dos Contratos de Terceirização**. Disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=> Acesso em :24 de agosto de 2012

TAMBELLINI, Guilherme Luis da Silva. Responsabilidade subsidiária da Administração: conta vinculada para provisionamento de verbas trabalhistas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3254, 29 maio 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21884>>. Acesso em: 29 ago. 3912.