

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL

Plínio Antônio Públio Albregard⁴⁸

1. Introdução

Enfatiza-se, em princípio, que o presente artigo faz parte de uma temática mais ampla. Aquela atinente à terceirização na Administração Pública e à Ação Direta de Constitucionalidade nº 16-9, que diz respeito ao artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666, de 21/6/1993, na redação dada pela Lei Federal nº 9.032, de 1995, ajuizada perante o E. Supremo Tribunal Federal, decorrendo, assim, a imprescindível importância acerca da eventual responsabilidade da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional quando da ocorrência do fenômeno ora referido, que é a terceirização.

Diversos aspectos podem ser levados em consideração, mormente aqueles relativos à culpa do poder público na terceirização (*in eligendo* ou *in vigilando*), à ocorrência de processo de licitação regular, à observância dos dispositivos legais insertos na Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações) e aqueles constitucionais (artigos 1º, 3º, 37 e 193, da Constituição Federal de 1988) e, ainda, à análise jurisprudencial, em especial aquela cristalizada na Súmula nº 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho.

A despeito de todas essas temáticas, ainda que haja menção a elas no presente texto, destaca-se que serão analisados o fenômeno denominado terceirização, seu conceito e finalidade social, a sua ocorrência no âmbito da Administração Pública e, por fim, a eventual responsabilidade do ente público.

Inicia-se salientando que estamos vivendo um período conturbado, nebuloso, em relação à convivência do ser humano com diferenças. Vivenciam-se, nesta época, diversos conflitos, inclusive bélicos, sobretudo em alguns países africanos e também no Oriente Médio. Constata-se que nestes locais a beligerância está ocorrendo porque o ser humano vem buscando a sua liberdade de agir, pois em comum os países em conflito têm regimes ditatoriais. Na mídia escrita e falada já se ouvem rumores acerca de eventual crise do petróleo e, em consequência, de possibilidade de outra crise econômica mundial. É sabido que em épocas de crise econômica aquele que mais sofre é o trabalhador. Pelo menos, em geral, ele é a primeira vítima de tal fenômeno, pois os detentores de capitais, também em geral, iniciam o corte de custos com o corte de empregos.

Esta introdução é feita somente para elucidar que os tempos mudam, o direito muda, a jurisprudência muda, e sobretudo o ser humano muda. Agora, se tudo muda, seja para pior ou para melhor, tal aspecto não convém discutir e somente a história vai dizer.

Na hipótese, estritamente, de se discutir a modificação ocorrida, de forma acelerada, em nosso país a partir da década de 1970 e, de forma ainda mais acelerada, a partir da década de 1990, na relação de trabalho existente e conhecida, em especial em face da introdução da denominada terceirização, sendo importante salientar que a nossa Constituição vigente preconiza como fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (artigo 1º, incisos III e IV da Constituição Federal de 1988).

⁴⁸ Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 2ª Região. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ)

De se destacar, também, que na própria Consolidação das Leis do Trabalho, datada de 1943, já havia previsão da terceirização por intermédio do disposto no artigo 455, que dispõe:

Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

2. Terceirização: conceito e finalidade social

O fenômeno nominado de terceirização também recebe outras nomenclaturas, por exemplo, subcontratação, terciarização, filialização, reconcentração, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização e parceria (cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 17ª ed. São Paulo : Atlas, 2003, p. 180).

A terceirização, nas palavras bem postas por Vólia Bomfim Cassar⁴⁹, é:

a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão-de-obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal.

Ainda, Maurício Godinho Delgado⁵⁰, a respeito, ministra ensinamento de que:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Conforme já salientado na introdução supra, o mundo passou, passa e passará por diversas transformações, sendo que uma delas diz respeito diretamente à economia e mais especificamente ao mundo do trabalho, afetando, assim, em muito, a relação existente entre capital e trabalho.

A terceirização não pode ser vista e entendida somente como um instituto que visa precarizar eventuais direitos de trabalhadores. Ao contrário, deve ser vista como um elemento a mais para se inserir, ou manter, trabalhadores no mercado de trabalho, com os seus direitos trabalhistas e previdenciários preservados.

A terceirização deve ser analisada como fenômeno de inserção e de manutenção de trabalhadores no mercado de trabalho, nunca de precarização, sabendo-se que as atitudes humanas, em especial diante da criatividade humana, levam à conclusão de

⁴⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 3.ed. Niterói : Impetus, 2009, p. 388.

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9.ed. São Paulo : LTr, 2010, p.414.

que o referido instituto é utilizado como mais um elemento precarizador dos direitos trabalhistas, visando-se, este é o argumento, à redução de custos.

Espera-se que a concepção humana seja modificada e o referido instituto possa evoluir para algo bom, que atue em benefício da já citada relação capital e trabalho e, em consequência, do ser humano.

3. Terceirização na Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional: responsabilidade da Administração Pública

Em princípio, tratando-se de Administração Pública, diversas são as normas que versam sobre a terceirização, evidenciando, assim, a sua legitimidade. Cita-se, por exemplo, o Decreto-Lei nº 200, de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Pública e a Reforma Administrativa. No mencionado Decreto-Lei há menção acerca dos princípios que devem nortear a Administração Pública. Seu artigo 6º estabelece que:

As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

- I – Planejamento;
- II – Coordenação;
- III – Descentralização;
- IV – Delegação de competência;
- V – Controle.

O artigo 10 do referido Decreto-Lei, por sua vez, dispõe que:

A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

§ 3º A Administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, em princípio, ao nível de execução, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público.

§ 4º Compete à estrutura central de direção o estabelecimento das normas, critérios, programas e princípios, que os serviços responsáveis pela execução são obrigados a respeitar na solução dos casos individuais e no desempenho de suas atribuições.

§ 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispen-

sáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional.

Salienta-se que nestes dispositivos estão os fundamentos legais acerca da terceirização de tarefas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas estatais, sociedades de economia mista, fundações e autarquias. Se a Administração Pública pode terceirizar, também pode e deve ser responsabilizada por tal ato.

Observada a possibilidade de terceirização na Administração Pública, de se destacar que o artigo 71 da Lei nº 8.666/93, *caput* e parágrafo 1º, dispõe:

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

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

Em decorrência do transcrito dispositivo legal, ainda hoje, discute-se quanto à responsabilidade do tomador público naquelas hipóteses de inadimplemento da empresa prestadora de serviços contratada por intermédio de licitação pública. Fala-se, aqui, da terceirização lícita. Veja-se:

Há a respeito, pelo menos, 3 (três) correntes doutrinárias. A primeira refuta a aplicação do texto legal outrora transcrito argumentando sua inconstitucionalidade em face do disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988. A segunda entende que a Administração Pública, quando subcontrata mão-de-obra e quando o empregador (intermediador de mão-de-obra) não observa suas obrigações trabalhistas incide em culpa *in eligendo* e *in contrahendo*, aplicando-se o disposto nos artigos 186, 927, 932, III e 942, do Código Civil para se concluir pela sua responsabilidade subsidiária. Por fim, uma terceira corrente conclui que o artigo 37, parágrafo 6º, do Texto Constitucional, não conflita com o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, não devendo a Administração Pública ser responsabilizada pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte do intermediador de mão-de-obra, fazendo referência ao fato de que regra especial revoga regra geral.

Salienta-se que o procedimento de licitação não pode e não deve eximir a Administração Pública de responsabilidade por eventual inadimplemento do intermediador de mão-de-obra na hipótese de terceirização, pois visa sobretudo dar efetividade aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência insculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Assim, de se refutar argumento doutrinário de que as exigências legais para a concorrência em licitações públicas são rígi-

das, não podendo fazer parte as empresas com débitos fiscais ou trabalhistas⁵¹. Inclusive, a própria Lei nº 8.666/93 prevê a responsabilidade, neste caso solidária, quanto às contribuições previdenciárias (artigo 71, parágrafo 2º).

Ainda, é importante ressaltar que apesar das exigências contidas na licitação, muitas empresas, para vencê-las, praticam o denominado “*dumping social*”, deixando de pagar direitos trabalhistas futuros para conseguir apresentar o menor valor. Acerca do referido “*dumping social*”, oportuno trazer à baila o Enunciado nº 4 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

“*Dumping social*”. Dano à sociedade. Indenização suplementar. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “*dumping social*”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927, do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os arts. 652, *d*, e 832, parágrafo 1º, da CLT.

O E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, a respeito, já decidiu:

Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária. Lei 8.666/93. A responsabilização do Poder Público, como devedor subsidiário, não significa afastar a incidência do parágrafo 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Tal dispositivo apenas veda a transferência de encargos trabalhistas à administração pública quando inadimplente o devedor principal. A subsidiariedade não se confunde com a transferência da responsabilidade vedada pelo dispositivo legal em questão. O responsável pelo débito continua a ser a empresa prestadora de serviços; a administração pública é mera devedora subsidiária. Entendimento diverso retiraria o sentido do parágrafo 2º do mesmo art. 71, segundo o qual a administração pública responde solidariamente pelos créditos previdenciários. Ora, se responde por tais créditos, com mais razão responderá pelos trabalhistas, os quais, de natureza privilegiada, preferem àqueles. (TRT/SP – 00099200903602005 – RO – AC. 1ª T 20100691409 – Rel. Wilson Fernandes – DOE 10/08/2010)

Após muitas divergências jurisprudenciais, o C. Tribunal Superior do Trabalho, no ano de 2000, modificou o teor da Súmula nº 331, concluindo, expressamente, que o ente público é o responsável subsidiário pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pelo intermediador de mão-de-obra. O item IV da referida Súmula estabelece:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21/6/1993).

⁵¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 3.ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 411.

De se destacar que na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho aprovou-se o Enunciado nº 11 com o seguinte teor:

Terceirização. Serviços públicos. Responsabilidade solidária. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.

O E. Supremo Tribunal Federal, em 24/11/2010, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-9, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, julgou a mesma procedente, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto.

Após a referida decisão o C. Tribunal Superior do Trabalho proferiu decisão nos seguintes termos:

Agravo de instrumento em recurso de revista. Nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Julgamento *extra petita*. Incompetência da Justiça do Trabalho. Terceirização de atividade pública. Súmula 331, IV, do TST. Reserva de plenário. Inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93. Responsabilidade subsidiária. FGTS. Alcance. Não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos de cabimento do art. 896 da CLT. Ainda que se deva afastar, nos casos em que observado o disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a atribuição da responsabilidade objetiva do órgão público contratante dos serviços terceirizados, não há razão para afastar a responsabilidade do ente público tomador por culpa tipicamente subjetiva, decorrente da omissão em verificar o devido cumprimento das obrigações contratuais da empresa prestadora contratada. Subsistência, nesse caso, do entendimento da Súmula 331, IV, do TST, que se harmoniza com as regras jurídicas dos artigos 67, *caput*, e 71 da Lei 8.666/93. Não se pode ter como superado, dessa forma, pela decisão proferida pelo Colendo STF no julgamento do ADC nº 16/DF, aquele verbete da jurisprudência uniforme do TST, já que no referido julgamento não se afastou a possibilidade de a Administração Pública ser responsabilizada em caso de eventual omissão na fiscalização do contrato. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST-AIRR-2440.51.2001.5.01.0043, 7ª Turma, Relator Juiz Convocado Flávio Portinho Sirângelo, publicado em 25/2/2011)

4. Conclusão

Enfim, observadas aquelas correntes doutrinárias citadas, a posição cristalizada do C. Tribunal Superior do Trabalho por intermédio da Súmula nº 331 e, ainda, a decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-9, conclui-se, de igual forma, ser inequívoca a responsabilidade subsidiária da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas contraídas pelo intermediador de mão-de-obra na terceirização lícita, sobretudo em face do disposto no Texto Constitucional (artigos 1º, 3º e 193).

Mas, também, de se observar a responsabilidade da Administração Pública em razão de culpa subjetiva em razão da omissão acerca do cumprimento das obrigações contratuais da empresa contratada, conforme disposto no Código Civil (artigos 186, 927, 932, III e 942, do Código Civil). Estão, portanto, em plena harmonia a Súmula nº 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho e o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93.

Entendimento diverso conduz à não-observância dos fundamentos da nossa República Federativa do Brasil já referidos, mormente o da dignidade da pessoa humana (trabalhador com direitos trabalhistas usurpados) e o valor social do trabalho.

Ainda, em havendo terceirização ilícita, de se observar a responsabilidade solidária da Administração Pública, conforme definido na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.

Finaliza-se com o ensinamento de Valdete Souto Severo⁵², Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

Em um período em que o mercado aparece como um deus a ser temido e adorado, precisamos resgatar o papel do *Ser Humano* na construção da história e do direito que queremos para nós e para nossos filhos.

5. Referências Bibliográficas

BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho – curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho*. 3ª ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINTO, Almir Pazzianotto. *O futuro do trabalho*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

SEVERO, Valdete Souto. O Mundo do Trabalho e a Flexibilização. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Fátima Coelho Borges (Coord.). *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. nº 06/2010. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 2010.

VADE MECUM. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵² SEVERO, Valdete Souto. O Mundo do Trabalho e a Flexibilização. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Fátima Coelho Borges (Coord.). *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008, p. 453.