

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO III**

MARIA AUREA BARONI CECATO

NORMA SUELI PADILHA

OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho III [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Maria Aurea Baroni Cecato, Norma Sueli Padilha, Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho –
Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-310-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado
Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito do Trabalho. 3. Meio Ambiente
do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

Apresentação

Os artigos ora apresentados foram selecionados para apresentação no Grupo de Trabalho Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III, do XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba, e representam pesquisas realizadas pelos autores por meio de três eixos temáticos, a saber: Vulnerabilidade do trabalhador e tutela laboral; Meio ambiente do trabalho; Direito coletivo do trabalho.

Os artigos classificados no eixo 2, designado “Vulnerabilidade do trabalhador e tutela laboral”, têm em comum o fato de serem resultado de pesquisas em que os autores se debruçaram sobre a particular fragilidade do trabalhador em sua relação com o tomador de serviços.

Cabe registrar que as normas que regulamentam as relações laborais, notadamente as atinentes ao trabalho realizado por conta de outrem, (também nominado trabalho subordinado) se destinam – desde o início de seu estabelecimento – a proteger o sujeito nitidamente frágil da relação que se constrói no âmbito do contrato de trabalho. Torna-se evidente, dessa forma, que o direito do trabalho se ergue, em boa parte, no fito de elevar as garantias do trabalhador e reduzir o poder do empregador, objetivando amainar a desigualdade intrínseca aos laços que se fazem entre capital e trabalho na movimentação da economia.

Advinda da compreensão da necessidade de combater o quadro das sérias conseqüências sociais da aludida desigualdade, a tutela laboral cuida, desde meados do Século XIX, de harmonizar o referido liame entre o trabalhador e o dono dos meios de produção que o contrata, malgrado as severas adversidades de ordem política e ideológica enfrentadas.

Esse quadro de conquistas garante, antes de tudo, a estabilidade do capitalismo, mas também tem demonstrando poder assegurar a dignidade do trabalhador, criando um conjunto de condições que correspondem a um patamar de civilização considerável e que, no Brasil, é consonante com os preceitos constitucionais de 1988.

Além da condição de evidente vulnerabilidade (na qual cabem raras exceções), o trabalho por conta de outrem se presta a criar outras situações em que a fragilidade do trabalhador é recrudescida. É sobretudo nesse contexto que se encontram as abordagens dos artigos que,

em seu conjunto, versam sobre: a situação da pessoa com deficiência; o trabalho análogo ao escravo; o assédio moral e as discriminações; a degradação do trabalho pela terceirização; o dano existencial causado pelas relações laborais; a dificuldade do exercício da cidadania pelo trabalhador, dentre outros.

Os artigos que fazem parte da temática encontram-se, abaixo, arrolados:

- RESERVA DE MERCADO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA
- A INSERÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO LABORAL COMO CONTRIBUTO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
- TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO
- DA INEFICIÊNCIA DO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL
- DESAFIOS PARA A REGULAÇÃO: TRABALHO AUTÔNOMO E O DIREITO DO TRABALHO
- DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA FEMININA COMO FATOR DE ASSÉDIO MORAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO
- A DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL DE TRABALHO SOFRIDAS PELOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL
- TRABALHO E EMANCIPAÇÃO SOCIAL: COMPREENSÃO SOLIDÁRIA DA CIDADANIA NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO
- A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO ESTADO COMO TOMADOR DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO
- A FORMAÇÃO DO INTELLECTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE GOVERNANÇA POR NÚMEROS E O DANO EXISTENCIAL ORIUNDO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

O segundo eixo temático do GT, refere-se ao tema do meio ambiente do trabalho que perpassa uma área de conjugação entre o direito do trabalho e o direito ambiental, e suscita um amplo e profícuo espaço de pesquisa ainda a ser aprofundada, pois é uma nova seara de proteção ao ser humano trabalhador e um novo objeto de proteção jurídica que alcança a sua segurança, saúde e qualidade de vida, protegendo-o contra todas as formas de degradação e /ou poluição geradas no ambiente de trabalho.

Referido expressamente pela Carta Constitucional de 1988 é tema de profunda importância e atualidade e sua adequada proteção exige novos mecanismos de tutela jurídica, mais abrangentes e complexos, em busca de uma concreta efetividade deste direito fundamental do ser humano trabalhador, razão pela qual a pesquisa e o debate sobre o tema, propiciada por este profícuo espaço conquistado no CONPEDI, em muito contribui para o necessário fortalecimento da doutrina do Direito Ambiental do Trabalho.

Os artigos ora apresentados pelos autores nesta seara perpassam temas novos e instigantes, aptos a suscitar o aprofundamento da pesquisa e aclarar os diversos desafios impostos a busca da qualidade e do equilíbrio do meio ambiente do trabalho, e abordam desde a responsabilidade de implementação pelo Poder Judiciário, a Justiça Ambiental, a função social da empresa, a responsabilidade civil objetiva, e a busca pela sustentabilidade. E neste sentido apresentam-se os seguintes artigos:

- RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PELA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

- A JUSTIÇA AMBIENTAL E O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EQUILIBRADO

- O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA: FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A PREPONDERÂNCIA DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO

- A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS MINERADORAS CONCERNENTE AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

- CONSTRUÇÃO SUSTENTÁVEL E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O terceiro grupo temático de artigos apresentados teve seu eixo de discussão vinculado ao Direito Coletivo do Trabalho.

Essa vertente do Direito do Trabalho tem sua pauta na principiologia do Direito Coletivo, no sindicato e no sindicalismo, na negociação coletiva e nas lutas coletivas. Na experiência brasileira e no contexto dos princípios, tem sido efetivado um debate sobre a sustentabilidade do princípio da equivalência entre os interlocutores sociais no processo negocial coletivo e o da adequação setorial negociada, considerando as recentes decisões flexibilizadoras, em matéria trabalhista, proferidas pelo STF. Apesar de toda essa polêmica, observa-se que ainda que a igualdade substancial estivesse assegurada, assim como a garantia dos próprios direitos trabalhistas; a principiologia advinda da teoria clássica do Direito do Trabalho, em sua perspectiva individual e coletiva, não contempla a maioria dos trabalhadores porque segundo dados do IBGE, apenas 40% da população economicamente ativa encontra-se em relação jurídica vinculada por um elo de subordinação. Senso assim, como acertadamente propõe o Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, se faz necessário um amplo debate para se discutir a necessidade de ampliação do próprio objeto do Direito do Trabalho, para que esse subsistema jurídico possa atender a todos, ou seja, trabalhadores com carteira assinada, informais, desempregados, desempregáveis e aqueles que desejam viver a partir do trabalho livre.

No âmbito da discussão sobre o sindicato e o sindicalismo, esse órgão que tem na sua gênese a busca pela defesa e direitos dos trabalhadores, tem ele se mostrado ineficiente e necessita de uma reestruturação. O sindicato tem vivenciado crises, pois sua estrutura não se modernizou para acompanhar os efeitos decorrentes das metamorfoses ocorridas no mundo do trabalho.

Sendo esse ator essencial no processo de negociação coletiva, no processo de dissídio coletivo, na efetividade da lutas coletivas, e sobretudo na viabilização do processo emancipatório da classe trabalhadora, faz-se necessário que o sindicato seja reestruturado, em níveis locais, regionais e supra-nacionais, para atender os anseios da sociedade pós-industrial em um mundo globalizado.

Artigos neste Grupo de Trabalho:

- NEGOCIAÇÕES COLETIVAS: LIMITES OBJETIVOS IMPOSTOS PELO TST E OS PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO FIXADOS PELO STF NO RE Nº 895.759
- NEGOCIADO VERSUS LEGISLADO: O PAPEL DOS ATORES SOCIAIS CONTRA A HEGEMONIA DO CAPITAL FINANCEIRO E A (IN) SUSTENTABILIDADE DA RELAÇÃO DE IGUALDADE NO PROCESSO NEGOCIAL COLETIVO

- POSIÇÃO DO TST E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO SOBRE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

- A RESPONSABILIDADE DOS SINDICATOS NA ELABORAÇÃO DE INSTRUMENTOS NEGOCIAIS COLETIVOS EM RELAÇÃO AO BANCO DE HORAS.

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - UNIPÊ

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UNISANTOS e UFMS

Prof. Dr. Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho - UPE

A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO ESTADO COMO TOMADOR DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO

LABOR RESPONSIBILITY OF THE STATE AS A SERVICE TAKER IN OUTSOURCING

**Rodrigo Guilherme Tomaz
Merhej Najm Neto**

Resumo

Este artigo analisa a terceirização de serviços públicos e a responsabilidade do Estado como tomador dos serviços, especialmente em situações de inadimplemento da empresa contratada. Nesse sentido, discute-se sobre a terceirização de serviços desde sua origem no Brasil, revendo seu percurso histórico-legislativo até a regulamentação pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Ressalta-se aspectos importantes do contrato de trabalho tradicional e terceirizado, em uma visão comparativa, enfatizando-se a terceirização no âmbito da Administração Pública, aprofundando a discussão sobre a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e Ação Direta de Constitucionalidade 16.

Palavras-chave: Terceirização do trabalho, Responsabilidade do estado na terceirização, Responsabilidade trabalhista dos empregadores na terceirização

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the outsourcing of public services and state responsibility as borrower of the services, especially in default situations the contracted company. In this sense, it is discussed about outsourcing services since its origin in Brazil, reviewing its historical and legislative route to regulation by Precedent 331 of the Superior Labor Court. It is highlighted important aspects of traditional and outsourced labor contract, in a comparative view, emphasizing outsourcing within the public administration, deepening the discussion on the Precedent 331 of the Superior Labor Court and Direct Action of Constitutionality 16.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Work outsourcing, State responsibility in outsourcing, Labor responsibility of employers in outsourcing

1 INTRODUÇÃO

A terceirização pode ser definida como uma transferência de determinadas atividades de uma empresa para serem realizadas por outra mais especializada, por ela contratada.

Quer seja no setor público ou privado, a terceirização de serviços é sempre um tema cercado de muita polêmica, tanto pelos interesses contrapostos de empregados e patrões, quanto pela enorme omissão legislativa a respeito, que obriga a doutrina e a jurisprudência a buscarem instrumentos para controlarem a flexibilização representada pela prática.

Por mais que a terceirização possa significar inovação e benefícios para a empresa, geralmente para os trabalhadores implica em maior instabilidade e precariedade da relação empregatícia.

Um dos temas mais polêmicos diz respeito à natureza das responsabilidades das empresas envolvidas. Nesse passo, torna-se mais acirrada a discussão, quando a Administração Pública é a tomadora de serviços.

O trabalho ora proposto realizará um estudo sobre a terceirização em seus diversos aspectos, entre eles sua evolução histórica e principais características no ordenamento jurídico pátrio, aprofundando-se principalmente no tema da responsabilização trabalhista das empresas envolvidas, tanto a prestadora, quanto a tomadora de serviços.

Não há no ordenamento jurídico pátrio uma regulamentação consistente da terceirização, estando ainda em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei nº 4.330/2004 do Deputado e empresário Sandro Mabel.

De forma que até o presente momento, a terceirização é regida apenas por Instruções Normativas, pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Ou seja, enquanto a prática continua crescendo, praticamente não há um arcabouço legal que a discipline ou a contenha.

Propõe-se esmiuçar o parco arcabouço legal, doutrina e jurisprudência, no estudo do instituto da responsabilidade do Estado na terceirização, com vistas a compreender como são estabelecidas as responsabilidades trabalhistas e previdenciárias entre a empresa prestadora e a Administração Pública como tomadora de serviços no âmbito da terceirização.

Parte-se da hipótese de que a obrigação na área trabalhista e previdenciária é da prestadora de serviços e que, para não desatender de qualquer forma o empregado, a empresa tomadora de serviços tem responsabilidade subsidiária, ou seja, em caso de inadimplência da prestadora, a Administração Pública, como tomadora do serviço poderá ser também acionada judicialmente.

A fim de corroborar ou não esta hipótese, o trabalho foi estruturado da seguinte forma: após a introdução, que é a primeira seção, no segundo capítulo, se discute sobre o conceito e as características do contrato de trabalho, além de esclarecer sobre as figuras do empregado e empregador. No terceiro capítulo, trata-se da terceirização, revendo-se seu conceito e fontes normativas; o histórico do instituto no Direito do Trabalho pátrio e, finalmente, discute sobre as atividades-meio e atividades-fim; no quarto e último capítulo, analisa-se a responsabilidade do Estado na Terceirização, discutindo-se sobre a terceirização na esfera pública; analisando a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho; a Lei 8666/93 e Ação Direta de Constitucionalidade 16; o entendimento jurisprudencial sobre a responsabilidade estatal na terceirização.

A escolha desse tema se justifica por sua atualidade, tendo sido polemicamente aprovado pela Câmara no início do corrente ano o projeto de lei PL 4.330/04, atualmente em trâmite como PLC 30/2015 no Senado Federal, com objetivo de regulamentar a terceirização no país, permitindo inclusive para desenvolvimento de atividades-fim. Além disso, é de extrema relevância por envolver direitos dos trabalhadores e possibilidade de oneração do Estado por inadimplência das empresas contratadas. Tendo se tornado cada vez mais frequente, a terceirização exige que o Direito esteja atento aos seus desdobramentos.

Quanto à metodologia, tendo em vista os objetivos selecionados, optou-se pela pesquisa qualitativa, de cunho bibliográfico. Será utilizado o método dedutivo, por partir de teorias e leis mais gerais para a observação de fenômenos particulares. Anderson e Schmidt, citados por Mosimann, Alves e Fisch (1993, p. 81) afirmam ser o método que tem como “forma a de raciocínio na qual nós procedemos a partir de uma afirmação geral, cuja verdade supõe-se ser inteiramente aceitável, para decidirmos sobre a propriedade de situações específicas”.

2 HISTÓRICO DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Parte da doutrina defende que a terceirização nasceu ainda no século XVIII, à época da Revolução Industrial na Inglaterra, em sistema conhecido então como *putting out*. Os mercadores forneciam matéria-prima e os artesãos ofereciam seu trabalho na produção de artigos de vestuário e outros. Os mercadores então pagavam aos artesãos por seu trabalho e comercializavam os produtos (DAU, RODRIGUES e CONCEIÇÃO, 2009).

Porém, a forma como conhecemos hoje a prática em comento surgiu durante a Segunda Guerra Mundial, quando os EUA se tornaram aliados dos países europeus no combate ao nazismo. Esta flexibilização do mercado de trabalho ocorreu porque com o grande aumento da

demanda, as indústrias fabricantes de armas precisaram encontrar alternativas para aumentar a produção e, ainda, melhorar tanto as técnicas produtivas, quanto o próprio produto (MARTINS, 2012).

Naquele contexto, ficou patente que as indústrias precisariam se concentrar na produção, deixando as atividades que serviam como suporte a cargo de terceiros. E foi a partir de então que o mundo conheceu essa relação trilateral de trabalho.

De acordo com o exposto por Martins (2012), o trabalho temporário teve início ao final da década de 1940, quando um advogado que precisava apresentar um trabalho bastante extenso contratou os serviços de uma secretária desempregada para datilografar as inúmeras laudas, tendo em vista que sua própria secretária adoeceu repentinamente. Percebendo haver ali um nicho de mercado ainda não explorado, criou a primeira empresa de trabalhos temporários.

No Brasil, por volta de 1950, a prática ficou conhecida quando as multinacionais, especialmente as automobilísticas, por volta de 1950, apresentaram esta nova forma de administrar, centrando-se apenas nas atividades essenciais do negócio. Dessa forma, podiam aumentar o lucro, contar com uma força de trabalho mais barata e, embora a Justiça se preocupar com a proteção do trabalhador, era possível driblá-la.

Sobre esse momento, tem-se o excerto abaixo:

No Brasil, a ideia de terceirização foi trazida por empresas multinacionais por volta de 1950. Encontram-se seus primeiros passos nos decretos-leis 1.212 e 1.216, de 1966, que autorizavam aos bancos dispor de serviços de segurança bancária prestados por empresas particulares; no decreto-lei 63.756, de 1968, que regulamentou o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão-de-obra, e no decreto-lei 1.034, de 1969, que tratou das medidas de segurança para as instituições financeiras (MARTINS, 2012, p. 16).

Contudo, apenas em 1960 surgiram no país as primeiras empresas com oferta de trabalhos terceirizáveis e/ou temporários. Com a crise econômica na década de 1970, essa forma de trabalho ganhou força. Mas, como evidencia Pochmann (2008), apenas as atividades mais baratas como serviços de limpeza, transporte e segurança eram terceirizadas até o início da década dos anos 90.

Conforme leciona Santos (2005), a crise econômica nos anos 70 afetou a situação dos trabalhadores, eis que as ideias neoliberais ganharam terreno, sob o argumento de que para o crescimento do país, sob a perspectiva capitalista, era necessária a redução de gastos pelas empresas, na busca de sua própria recuperação. Assim, o Estado deveria, de certa forma fechar os olhos aos direitos trabalhistas, priorizando o aumento da produção. Pregava-se que o recuo

do Estado nas questões sociais e trabalhistas ajudaria as empresas, ao desonerá-las de custos com os trabalhadores e, por outro lado, produziria um incremento na demanda de emprego.

Conforme reflete o autor, ali nasceu a flexibilização da proteção ao trabalhador, em atendimento a promessas de crescimento econômico e a criação de muitos postos de trabalho com redução de encargos trabalhistas.

A Lei 6019/74 foi o primeiro diploma legal a tratar de trabalho temporário, sem restrições em sua aplicabilidade, abrangendo as empresas privadas. Nesse caso, a regra da vedação à intermediação da mão de obra encontra uma exceção, ou seja, temporariamente pode ocorrer, mas sempre por necessidade transitória ou demanda de serviços extraordinários.

A duração máxima prevista naquela lei para o trabalho temporário naquela é de três meses e só pode funcionar com registro no Departamento competente do Ministério do Trabalho. Outrossim, ressalta-se que atualmente, desde o recente advento da Portaria 789/2014 do MTE, existe possibilidade de prorrogação.

Em seu artigo 12, referida Lei assegurou diversos direitos ao trabalhador temporário, entre eles a remuneração equivalente a recebida por empregados de mesma categoria, da empresa contratante ou tomadora dos serviços. Embora a finalidade fosse impedir discriminação entre os trabalhadores, certamente a equivalência não significava que a remuneração seria a mesma recebida pelos efetivos, haja vista que esses podiam ter benefícios incorporados.

Importante ressaltar que a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), publicada em 1943, já trazia a possibilidade de se subcontratar mão de obra, estabelecendo em seu artigo 455 que o subempreiteiro seria responsável pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho nas subempreitadas, podendo, no entanto, o empregado reclamar contra o empreiteiro principal, em caso de inadimplência daquele.

A subempreitada, que por muito tempo foi a única forma legalmente prevista de terceirização, estabelecia, portanto, responsabilidade subsidiária.

Posteriormente, em 1967, foi publicado o Decreto-Lei 200, estabelecendo diretrizes para uma reforma administrativa na Administração Pública Federal que buscando a descentralização e desincumbir a Administração de tarefas instrumentais, determinava que se recorresse à execução indireta, ou seja, à terceirização.

Em 1971 foi instituído o regime jurídico das cooperativas pela Lei 5764. Neste contexto, o cooperado é simultaneamente destinatário e sócio dos serviços prestados pela empresa, que podem configurar terceirização, no caso em que os serviços ou bens produzidos pela cooperativa são contratados por empresas.

Referida lei dispunha que, independente do ramo de atividade desenvolvida pela cooperativa, inexistia vínculo de emprego entre a mesma e seus sócios ou entre associados e contratantes de serviços da cooperativa.

Segundo Santos (2005), esta disposição, inclusive, viabilizou a ocorrência de fraudes, eis que alguns empresários passaram a exigir que seus empregados constituíssem cooperativas apenas de fachada, para que continuassem trabalhando para a empresa, sem que essa tivesse com eles qualquer obrigação trabalhista.

Conforme o autor, por essa razão é que houve o advento da Lei 12690, em julho de 2012, dispondo, entre outras disciplinas, que especificamente a cooperativa de trabalho (que era onde ocorriam mais fraudes) não poderia intermediar mão de obra subordinada e, ainda, estabelecendo direitos sociais mínimos para os sócios como a garantia de, no mínimo, um salário de retirada mensal; jornada de trabalho de, no máximo oito horas diárias e repouso remunerado.

Em 1983, foi promulgada a Lei 7102, em face da necessidade de os estabelecimentos bancários contarem com serviços especializados de vigilância. Assim, a lei veio instituir regras para a contratação de serviços de vigilância e de transporte de valores por empresas particulares. Estabelecem respectivamente seus dois primeiros artigos que as instituições financeiras não podem funcionar sem serviços de vigilância, os quais devem ser prestados por pessoas preparadas, ou seja, vigilantes (RUSSOMANO, 2003).

Conforme o autor, na década de 1990, as relações trabalhistas foram flexibilizadas e, assim, a prática em apreço pôde ser ampliada e passa a compreender outras atividades. Ainda de acordo com Russomano (2003), o Plano Real aprofundou um ambiente econômico interno que incentivava a expansão da produção, tendo em vista a liberalização financeira e comercial e, naquele contexto, a força de trabalho terceirizada representava mais uma alternativa para reduzir custos. Ali se destacaram atividades terceirizadas na área de vendas, supervisão e inspeção, gerência, entre outras.

Reverendo a doutrina, encontram-se nitidamente duas correntes. Uma vertente, que inclui Arnaldo Süssekind, entende que a flexibilização da legislação trabalhista foi um retrocesso, por ter suprimido direitos alcançados com grande dificuldade, sob a premissa de que a rígida tutela do Estado, ao onerar as empresas, aumenta o desemprego. Esta corrente entende ser esse argumento uma falácia, que tem como objetivo único precarizar as relações de trabalho e aumentar os lucros empresariais, sacrificando a classe trabalhadora.

Em outro diapasão, estão os que defendem a flexibilização como uma mudança necessária, que de fato incrementa o crescimento econômico e viabiliza a criação de novos

postos de trabalho. Argumentam especialmente que novos cenários mundiais exigem adequação e que o Direito Trabalhista precisa acompanhar o progresso. Nesta corrente se incluem, entre outros. Ou seja, como bem expressa Martins

Para uns, a flexibilização é o anjo, para outros, o demônio. Para certas pessoas é a forma de salvar a pátria dos males do desemprego, para outras, é a forma de destruir tudo aquilo que o trabalhador conquistou em séculos de reivindicações, que apenas privilegiam os interesses do capital, sendo a forma de fazer com que o empregado pague a conta da crise econômica (Martins, 2012, p. 13).

Nascimento (2005) defende que a flexibilização tem suas vantagens, ressaltando, no entanto, que algumas normas devem ser rígidas, para se garantir o equilíbrio das relações trabalhistas.

No mesmo sentido é o entendimento de Paiva (2001), para quem a flexibilização e a desregulamentação são úteis, mas precisam ser bem utilizados e devem ser paralelamente implementadas políticas que consigam associar o crescimento econômico com a inclusão social.

Segundo Silva (2002), toda a discussão em torno da flexibilização adquiriu caráter extremamente político, com acusações entre o governo e os sindicatos dos trabalhadores, com muita ideologia e emoção. Este contexto, segundo o autor, foi responsável por criar afastamento da realidade e que, portanto, é preciso que haja empenho em se garantir Direito com maior flexibilidade, mas sem prejudicar os hipossuficientes, ou seja, a classe trabalhadora.

Trata-se, sem dúvida, de um tema polêmico que assume maior relevância diante da atual crise financeira e conseqüente aumento do desemprego vivenciado pelo país. Atualmente, qualquer grande empresa tem a terceirização como fator importante em sua organização, responsável por reduzir despesas e é, por isso, largamente utilizada.

No âmbito da Administração Pública, é válido transcrever a disposição contida no §7º do artigo 10 do referido Decreto nº. 200/67:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.(...)

§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.

Insta ressaltar que, quando a Emenda Constitucional nº 19/98 aduziu o termo *eficiência* entre os princípios que devem direcionar a Administração Pública, tornou-a de certa forma,

assemelhada à iniciativa privada, a qual visando lucro, sempre buscou eficiência e integral satisfação do cliente. Todavia, é cediço que ambas se distinguem pelo fato de que, na primeira, a atividade submete-se a normas e fundamentos legais bastante específicos.

3 ATIVIDADE MEIO E ATIVIDADE FIM

O estudo sobre a distinção entre atividades-meio e atividades-fim é imprescindível para se aferir se determinada terceirização é ou não lícita e também para definir a quem cabe a responsabilidade trabalhista e previdenciária em relação ao trabalhador.

Na doutrina, encontra-se que a atividade-meio é aquela que não integra a essência das atividades empresariais do tomador, mas dão suporte para a realização daquelas que são suas atividades-fim (GARCIA, 2011).

Uma lição bastante esclarecedora foi elaborada por Luciano Martinez:

A atividade-meio é compreendida como aquela que se presta meramente a instrumentalizar, a facilitar o alcance dos propósitos contratuais sem interferir neles. Nesse âmbito encontram-se, consoante mencionado, as atividades de limpeza, de conservação, de vigilância, de telefonia, de suporte em informática, de fornecimento de transporte, de fornecimento de alimentação, de assistência contábil, de assistência jurídica, entre outras que auxiliam na dinâmica do empreendimento, mas que não estão diretamente relacionadas ao objetivo central da empresa (MARTINEZ, 2010, p. 158).

Conforme reflete Abdala (2008), para ser considerada lícita, é essencial que o serviço especificamente contratado, seja previamente delimitado e relacionado à atividade-meio do tomador. De forma que a empresa intermediária forneça um serviço especializado, que seja parte de seu objeto social, e para o qual, demonstre idoneidade e capacidade.

Tais atividades-meio são, portanto, atividades periféricas à essência das atividades do tomador dos serviços, como serviços de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. Ou seja, são apenas instrumentais (DELGADO, 2003).

A atividade-fim, por seu turno, é aquela que constitui a tarefa relacionada de forma íntima à finalidade social da empresa e que, em geral, é apresentada em seus estatutos constitutivos (MARTINEZ, 2010).

O autor exemplifica com as escolas, nas quais a atividade-fim é prestar ensino e os bancos, cuja atividade-fim é intermediar capitais em diversas operações financeiras.

As atividades-meio nessas duas categorias de instituição seriam, por exemplo, a limpeza e os serviços de vigilância, os quais apenas dão suporte para o desenvolvimento das atividades principais da empresa (atividades-fim).

Conforme destaca Delgado (2004), não se discute a importância dos serviços que podem ser objeto de terceirização, ou seja, são também relevantes, mas não podem ser integrantes do núcleo definidor das atividades principais da empresa.

Ressalta o autor que tais atividades-meio, ou seja, não diretamente ligadas à atividade principal da empresa, podem ser terceirizadas, não podendo jamais estabelecer pessoalidade e subordinação direta entre o trabalhador e o tomador dos serviços.

A terceirização de atividades-fim, seja no âmbito público ou privado, seria sempre ilícita, pois nada mais seria que uma maneira que o agente econômico teria para se eximir de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias (DELGADO, 2004).

Ainda de acordo com o autor, seria uma maneira de desconstruir a relação de emprego, já que assim não haveria a observância dos elementos característicos da clássica relação empregatícia, na forma como prevê o artigo 3º da CLT, e tampouco dos princípios trabalhistas estabelecidos pela Constituição Federal.

No caso em que o tomador de serviços é a Administração Pública, como se verá a seguir, há normas que especificam claramente as atividades passíveis de terceirização, que são, certamente, os serviços de apoio, instrumentais, ou seja, atividade-meio. Dispiciendo acrescentar que, não existe autorização legal para a terceirização de serviços nas atividades-fim da Administração Pública.

Neste diapasão, leciona Dora Maria de Oliveira Ramos:

A terceirização que se cogita, em sentido estrito, é aquela em que o gestor operacional repassa a um particular por meio de contrato, a prestação de determinada atividade, como mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa de Poder Público. Não se cuida de transferência de gestão do serviço público, mas de mera prestação de serviços (RAMOS, 2001, p. 68).

Nem poderia ser diferente, pois se o serviço público for terceirizado, violar-se-á o princípio da organização funcional da Administração e o próprio princípio da legalidade. Afinal, se o Estado, através da legislação, criou cargos ou funções a serem desempenhadas por servidores públicos, foi certamente pelo entendimento de que tais atividades, pela sua relevância, exigem o desempenho por servidores regidos por um regime jurídico específico, que lhes possa impor deveres e direitos necessários para salvaguardar a coletividade.

4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO

Inicialmente, é importante rever algumas noções gerais acerca da Administração Pública. Seu conceito, ao contrário do que se pode pensar, não se confunde com o conceito de Estado e Governo.

Segundo Teles (2009), entende-se a Administração Pública como o conjunto de órgãos e de pessoal que prestam serviços públicos, de acordo com as respectivas competências. A Administração Pública é, portanto, responsável por executar os serviços públicos, na forma estabelecida pelo Estado.

De forma mais ampla, Meirelles (2002), assim conceitua a Administração Pública:

[...] conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas (MEIRELLES, 2002, p. 118).

Sem dúvida, a natureza da Administração Pública para quem a exerce é de múnus público, tendo em vista que o administrador público é obrigado a cumprir rigorosamente os preceitos que regem sua atuação, os quais pertencem ao direito e à moral administrativa (MEIRELLES, 2002).

Logo, como se vê, Governo e Administração Pública não se confundem, pois os órgãos do Governo tomam decisões políticas, decidindo os rumos do Estado, ao passo em que a Administração Pública aplica as decisões do Governo, executando-as conforme as diretrizes fixadas pelo Estado (LAZZARINI, 1999).

4.1 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na Administração Pública, o agente público deve observância aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e, ainda ao princípio da eficiência, acrescentado pela Emenda Constitucional 19/98. Bandeira de Mello (2008) leciona que os princípios administrativos são postulados fundamentais inspiradores de toda a atuação da administração pública, representando a regra matriz que conduz a Administração Pública.

Assim, conforme o doutrinador, a desobediência a um princípio é muito mais grave do que desobedecer a uma simples norma.

Em síntese, o princípio da legalidade nasceu com o próprio Estado de Direito e está positivado no ordenamento jurídico pátrio, no artigo 37 e também no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal. Em razão de tal princípio, a Administração Pública não pode conceder, obrigar, ou vedar qualquer tipo de direitos ou deveres senão em virtude da lei.

O princípio da impessoalidade, por seu turno, também insculpido no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, relaciona-se com a finalidade pública de qualquer ato administrativo, determinando que a Administração Pública deve se manter imparcial nos seus atos, orientando-se apenas pelo interesse público. Ou seja, como escreve Braz (1999, p.151): “a Administração Pública deve tratar a todos com igualdade, sem conferir distinção e tratamento privilegiado a qualquer cidadão”

Sobre o princípio da moralidade, Medauar (2002, p. 153) escreve que é “de difícil expressão verbal”. De fato, essa dificuldade é percebida na doutrina. Contudo, como refere Bandeira de Mello (2008) em razão do princípio em tela, a Administração e seus agentes têm o dever de atuar conforme princípios éticos. Discorre o doutrinador que à Administração é imposta uma atuação moral, caracterizada por obediência à ética, lealdade, boa-fé, honestidade, além de observar os preceitos legais.

O artigo 37 da Constituição Federal dispõe:

[...] *in litteris*, que: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Neste contexto, o princípio da publicidade determina a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, exceção feita apenas às hipóteses legais de sigilo.

Como refere Rocha (1994, p. 239-240),

O Estado traz a publicidade da Administração na sua própria denominação”, traduzindo-lhe a essência mesma, ou seja, pública, mais do que um dos seus princípios constitucionais, não se podendo nem imaginar uma Administração Pública sem publicidade, no Estado Moderno, como consequência do princípio democrático, de sorte a conferir certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos.

Finalmente, o Princípio da Eficiência, introduzido a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, agregou-se aos outros princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal. Conforme esclarece Meirelles (2002, p. 86)

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com a legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Carvalho Filho (2012) ressalta, no entanto, que embora o artigo 37 da Constituição Federal imponha que a Administração Pública obedeça aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, existem outros princípios reconhecidos tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria que devem também nortear a conduta dos agentes públicos, tais quais os princípios da supremacia do interesse público; da autotutela; da indisponibilidade; da continuidade dos serviços públicos; da segurança jurídica; e da precaução.

Assim, discutidas sinteticamente algumas noções sobre a Administração Pública, interessa nesse ponto do trabalho a discussão acerca da terceirização na Administração Pública.

Conforme se discutiu nos primeiros tópicos, a terceirização é um contrato de prestação de serviço para apoio das atividades principais da empresa. No caso da Administração Pública, o conceito é o mesmo. Conforme Di Pietro (2009), a Administração Pública vem se utilizando da terceirização, seguindo as diretrizes da Lei nº. 8.666/93 e do art. 10, §7º, do Decreto-lei nº. 200/1967, para o desempenho de suas atividades-meio, com a finalidade de aperfeiçoar os resultados, aumentar a produtividade e alcançar a eficiência no desempenho de suas atividades-fim.

A contratação de serviços terceirizados é, de fato, necessária, conforme reflete Di Pietro (2009), pois o Poder Público não consegue responder integralmente à imensa demanda de trabalho, exclusivamente com o serviço prestado pelo pessoal regularmente aprovado em concurso público.

Todavia, na terceirização, tanto no setor privado quanto no público, não há relação de emprego entre o trabalhador e a empresa ou órgão tomador de serviços. Esta relação é existente apenas entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços.

Como refere Sússekind (2010), a prestação de serviços, nesse caso, deve ser realizada sob o comando dos dirigentes ou prepostos da firma terceirizada e, não sob a direção do tomador, e igualmente não pode acarretar o pagamento de salário pelo usuário. Nesse sentido, Camino (2004) adverte que, um mínimo traço de subordinação direta do prestador de serviços ao seu tomador basta para estabelecer imediatamente a relação de emprego entre eles.

Sendo assim, a Administração Pública exerce suas atividades principais, ou atividades-fim, por meio de agentes públicos, com ingresso regular por meio de concursos públicos, conforme preceituado no artigo 37, inciso II da Constituição Federal.

Aos trabalhadores terceirizados caberão, no âmbito da Administração Pública, tão somente as atividades-meio que são as mesmas permitidas no âmbito privado e que, conforme já se discutiu, são as atividades de limpeza, de conservação, de vigilância, de telefonia, de suporte em informática, de fornecimento de transporte, de fornecimento de alimentação, de assistência contábil, de assistência jurídica, entre outras que auxiliam na dinâmica do empreendimento, mas que não estão diretamente relacionadas ao objetivo central da empresa.

4.2 ANÁLISE DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 16

No ordenamento jurídico pátrio, não há uma legislação regulamentadora da terceirização, mas apenas alguns artigos esparsos em normas especiais, a exemplo das normas de telecomunicação. Por esta razão e para evitar fraudes na contratação irregular, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 331, em substituição à Súmula 256 do mesmo Tribunal, a qual era considerada incompleta.

A nova súmula foi aprovada pela Resolução Administrativa nº 23/93, de 17 de dezembro de 1993 e publicada no DOU (Diário Oficial da União) de 21 de dezembro de 1993, com os seguintes dispositivos:

- I-A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário
- II- A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração pública Direta e Indireta ou Fundacional;
- III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, em como a de serviços especializados ligados a atividade meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

Portanto, como refere Delgado (2004), apenas as quatro situações elencadas na Súmula em análise ensejam a terceirização lícita no Direito Brasileiro. São elas: o serviço temporário, os serviços de vigilância, de conservação e limpeza, serviços especializados ligados a atividade meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

De fato, como lembra o autor, inexistente no Direito brasileiro, qualquer outro preceito legal que valide contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais,

onerosos, pessoais e subordinados *a outrem* (artigos. 2º, *caput* e 3º, *caput*, Constituição das Leis do Trabalho), eximindo o tomador de responder juridicamente pela relação de trabalho estabelecida.

Porém, Martins (2012) afirma que a Súmula 331 de 1993 deixava em sua redação uma lacuna quanto à responsabilidade da Administração Pública na contratação de empresa terceirizada. Logo, segundo o autor, com a intenção de suprir tal deficiência, em 2000, o Tribunal Superior do Trabalho veio complementar a Súmula 331, acrescentando-lhe o inciso IV, que trata da responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto às obrigações trabalhistas, da forma a seguir transcrita:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (redação original, já revogada).

Este inciso supratranscrito deu azo a que muitos empregados de empresas terceirizadas batessem às portas do Judiciário, pleiteando o pagamento de suas verbas trabalhistas pela Administração Pública, que restou assim caracterizada como responsável subsidiária pelas dívidas do empregador inadimplente (QUEIROZ, 2012).

Ainda segundo o autor, foram reiteradas as condenações da Administração Pública ao pagamento de tais créditos laborais, contrariando o disposto no artigo 71 §1º da Lei 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

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 das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Porém, inconformada com a interpretação dada ao dispositivo pelo TST, que reconhecia sua responsabilidade em atividades terceirizadas, a Administração Pública Nesse contexto, fora ajuizada uma Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 16) pelo Governador do Distrito Federal, com o objetivo de obter a declaração de constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei de Licitações, impedindo assim que continuassem as decisões de Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, que admitiam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nas obrigações trabalhistas em contratos de terceirização (QUEIROZ, 2012).

O autor relata que a ADC 16 fora julgada procedente pelo plenário do Supremo em 24/11/2010, declarando-se a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei de Licitações (Lei 8.666/93). Conseqüentemente, o TST alterou a redação do inciso IV da Súmula nº 331, em maio de 2011, quando também lhe acrescentou outros dois incisos:

Súmula nº 331 do TST.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a 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 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.

O Ministro João Oreste Dalazen forneceu, à época, algumas explicações acerca das mudanças da súmula 331:

Reafirmamos a responsabilidade subsidiária do ente público nos casos de terceirização nos débitos contraídos pela empresa prestadora de serviços que ele contratar, sempre que esta empresa não honrar seus compromissos para com seus empregados que prestam serviços ao poder público e houver conduta culposa do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas. (...) Agora, passamos a entender que há a responsabilidade se houver omissão culposa no dever de fiscalizar e de escolher adequadamente a empresa terceirizada.

Como refere Nascimento (2005), de acordo com o que o Supremo Tribunal Federal, decidiu na Ação Direta de Constitucionalidade 16, para haver reconhecimento da responsabilidade contratual da Administração Pública nos contratos de terceirização, deve haver no mínimo, a prova da culpa “*in vigilando*” da Administração, ou seja, não há automaticamente responsabilidade para a Administração como efeito necessário da contratação, como anteriormente o Tribunal Superior do Trabalho havia firmado entendimento. No entanto, há responsabilidade subsidiária em consequência de má escolha e má fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela empresa prestadora de serviços.

4.3 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O vocábulo *subsidiário* tem origem no latim e significa secundário. A responsabilidade subsidiária é, pois, aquela que reforça a responsabilidade principal, ou seja, só será aplicada no caso de inadimplemento do devedor principal (MARTINS, 2012).

Esta modalidade não é disciplinada em nosso ordenamento jurídico, mas como se viu, ela decorre do previsto na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, inciso IV. Assim, nos casos de terceirização lícita de trabalho, o tomador só será responsabilizado por verbas trabalhistas, quando a empresa prestadora e, portanto, principal responsável, deixar de adimpli-las.

De acordo com Santos (2006), portanto, a empresa tomadora tem responsabilidade indireta, ou seja, apenas será responsabilizada pelos créditos trabalhistas, quando já se tiverem esgotado todos os bens da prestadora, que é a principal devedora.

Destarte, conforme já discutido, é exigido para a ocorrência da responsabilidade subsidiária na terceirização que o tomador tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial (inciso IV da Súmula 331). Ou seja, deve ter havido um processo judicial trabalhista que, ao ser proposto pelo trabalhador, incluiu a empresa tomadora de serviços no pólo passivo da demanda, a qual constará também na sentença, título judicial executivo (OLIVEIRA, 2005).

No caso de a tomadora ser a Administração Pública, prevalece a mesma regra aplicada aos entes privados, ou seja, será responsabilizada pelos créditos trabalhistas apenas de forma subsidiária, a dizer, quando a empresa prestadora deixar de adimplir os débitos.

De acordo com Sampaio (2016), é contratual a natureza da relação jurídica entre a Administração contratante e a empresa contratada, aplicando-se, portanto, as disposições contidas na Lei nº 8.666/93 e, “supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado” (art. 54 da própria Lei nº 8.666/93). É cediço que o artigo 186 do Código Civil estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Em conformidade com o artigo 67 da Lei nº 8.666/93, na celebração de contratos, a Administração Pública assume o dever de acompanhar e fiscalizar a sua execução. Trata-se, conforme lembra Sampaio (2016), de um dever de primeira ordem, tendo em vista o interesse público ser indisponível, o que obriga a Administração a garantir sua satisfação e evitar riscos de dano ao erário (SAMPAIO, 2016).

Assim, a Administração é legalmente obrigada nas contratações, a verificar se a empresa contratada paga ou não seus encargos sociais e, enfim, é ou não idônea. A escolha de empresa

inidônea, que deixa de cumprir suas obrigações pode configurar a culpa da Administração, determinando a ocorrência do dano (DINIZ, 2008. p. 44).

In casu, como prossegue a autora, a ausência de aferimento do adimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada oportunizará que os serviços sejam prestados em manifesto prejuízo aos trabalhadores. Logo, resta configurada a culpa *in vigilando* da Administração, tendo em vista que, caso tivesse agido com zelo e desempenhado seu dever legal de fiscalizar o contrato, poderia ter tempestivamente evitado o dano. Assim, a culpa da Administração se configura, pois reza o artigo 927 do Código Civil que “aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O fato de a Administração promover e se beneficiar dos frutos de um trabalho realizado de forma a lesar direitos fundamentais dos trabalhadores. Tal conduta não se compatibiliza com o princípio da moralidade e é por esta razão que a Justiça Trabalhista tem atribuído responsabilidade subsidiária à Administração (GASPARINI, 2011).

Logo, para evitar o risco de atribuição de responsabilidade subsidiária trabalhista, cabe à Administração exatamente assegurar que a empresa contratada promova a satisfação dos créditos trabalhistas decorrentes do contrato. Em outras palavras, tendo em vista que a Administração, quando incorre em culpa *in vigilando*, pode arcar subsidiariamente com o pagamento das obrigações trabalhistas não cumpridas, cabe a ela adotar medidas acauteladoras.

Este entendimento encontrou controvérsias na Doutrina. Como salienta Jorge Neto:

Conforme entendem os publicistas, invocando o princípio da estrita legalidade, que a Administração não pode ser considerada responsável por nenhum ato praticado pela empresa vencedora do processo licitatório. Até porque a atribuição de fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas é de competência dos órgãos integrantes do Ministério do Trabalho, como as delegacias regionais do Trabalho, e do Ministério Público do Trabalho (JORGE NETO, 2011, p. 24).

Como já se analisou anteriormente, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública foi objeto de várias discussões e chegou até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de inconstitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei de Licitações, por meio da Ação Direta de Constitucionalidade 16/Distrito Federal. No entanto, como também já se verificou, a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade do dispositivo.

Oliveira (2012) lembra que o artigo 37, XXII, §6º, da Constituição Federal dispõe que

Art. 37

[...]

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como refere o autor, caberá à Administração, quando condenada a pagar as verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada, buscar o ressarcimento pelo prejuízo causado com o inadimplemento da contratada.

Importa destacar que a Jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que é lícito à Administração reter créditos da empresa contratada, diante de seu inadimplemento das verbas trabalhistas. É como se posiciona o Superior Tribunal de Justiça no seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE.

1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa *in vigilando* (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente.

3. Recurso especial provido. (STJ, REsp nº 1241862/RS).

Ou seja, não havendo o adimplemento das verbas trabalhistas pela empresa contratada, a Administração será responsável por adimpli-las, tendo ela a responsabilidade subsidiária.

Destarte, para evitar danos ao erário, deverá encontrar maneiras legais de obrigar a contratada a lhe ressarcir os prejuízos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, pode-se afirmar seguramente que os objetivos propostos na introdução foram integralmente alcançados. Foi realizada a análise do pequeno arcabouço legal e também da visão doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade do Estado pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, contratada por meio do instituto da terceirização.

Evidenciou-se que o inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em sua redação original, contrariava a Lei nº 8.666/93, impondo que as dívidas trabalhistas

inadimplidas pela empresa prestadora de serviços seriam automaticamente assumidas pela Administração Pública, quando tomadora de serviços. Ou seja, consagrava a responsabilidade objetiva da Administração, que é aquela que independe da comprovação de culpa.

No entanto, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 e declarar a constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, a Suprema Corte encerrou a polêmica oriunda da divergência entre tal dispositivo e o inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho em sua redação original.

A partir de então, os juízes trabalhistas não têm outra opção legal que não seja desconsiderar a culpa objetiva da Administração Pública, tal qual impunha originariamente a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, exigindo necessariamente a instrução probatória para aferição da culpa subjetiva do ente público, pertencendo ao reclamante o ônus probatório.

De forma que a Administração Pública tem, indiscutivelmente, responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, mas não automaticamente. Só poderá ela ser responsabilizada quando se comprovar que incorreu em culpa, a qual pode ocorrer pela não realização de uma análise adequada da exequibilidade da proposta da empresa ao contratá-la e também da fiscalização dos contratos, ou seja, culpa *in vigilando*.

Assim, verifica-se que a escolha da prestadora de serviços e a fiscalização dos contratos pelo Estado e seus agentes assume grande relevância, pois do contrário, onera indevidamente os cofres públicos.

A nosso ver, a fiscalização dos contratos deve incluir a demonstração mensal da quitação dos débitos trabalhistas pela empresa contratada. Deve também a Administração exigir a apresentação pela contratada de todos os documentos comprobatórios do adimplemento das obrigações trabalhistas, como recolhimento do FGTS, obrigações previdenciárias, pagamento dos salários no prazo legal, implementação dos benefícios previstos em acordos ou convenções coletivas de trabalho das respectivas categorias das empresas prestadoras, concessão e pagamento de férias, exames médicos, fornecimento de equipamentos de proteção individual, registro da mão de obra colocada à disposição e o cumprimento de todas as demais garantias dos trabalhadores.

Conclui-se que a referida decisão do STF foi de extrema importância, pois exigiu a comprovação de nexos causal entre a omissão da Administração na fiscalização e a inadimplência dos direitos trabalhistas pela prestadora.

De fato, não seria razoável que a Justiça do Trabalho condenasse automaticamente a Administração. Assim, se a Administração realiza o procedimento da forma correta, tomando todas as cautelas na escolha da prestadora e fiscalizando adequadamente o cumprimento do

contrato, não seria justa sua condenação em razão do mero inadimplemento da empresa que, afinal, enriqueceria ilicitamente, deixando que sua responsabilidade fosse assumida pelos cofres públicos.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. **Terceirização: normatização, questionamentos**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, 2008, v. 74, n. 4.

BRAZ, Petrônio. **Manual de Direito Administrativo**. 1ª Edição. Editora de Direito, 1999.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4 ed. Porto Alegre. Síntese: 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da. **Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho**. São Paulo: Annablume. CUT. 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed.rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **A terceirização na Administração Pública e a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93 declarada pelo STF (novembro de 2010)**. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, Curitiba: Zênite, n. 205, mar. 2011

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINEZ, Luciano. **Curso do direito do trabalho**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOSIMANN, Clara Pellegrinello. FISCH, Silvio. **Controladoria: seu papel na administração de empresas**. 2a .ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários às súmulas do TST**. São Paulo: RT, 2005.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Direito do trabalho mínimo**. 2001. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/mlobatopaiva/direitotrabalhominimo.htm>>. Acesso em 11 nov. 2015.

POCHMANN, Márcio. **Subdesenvolvimento e trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Responsabilidade trabalhista subsidiária da Administração Pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3640, 19 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24728>>. Acesso em: 24 maio 2016.

SANTOS, Paulo Cezar Jacoby dos Santos. **Flexibilização das normas trabalhistas e sua constitucionalidade**. Julho de 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12200/flexibilizacao-das-normas-trabalhistas-e-sua-constitucionalidade/3>>. Acesso em 08 nov. 2015.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho - Série Concursos Públicos**. 15ª ed. Saraiva, 2013.

SILVA, Antônio Álvares. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed. rev e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.