

## AS GARANTIAS DO EMPREGADO DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA<sup>1</sup>

### WARRANTIES OF EMPLOYEE IN SERVICE PROVIDER COMPANY BEFORE THE PUBLIC ADMINISTRATION

FRANCIELE ALINE GUTJAHR<sup>2</sup>

**RESUMO:** Tendo em vista a importância da terceirização no mercado de trabalho e na economia globalizada, este artigo tem como objetivo analisar as garantias gozadas pelos trabalhadores das empresas prestadoras de serviços quando a entidade tomadora dos mesmos é o Estado. Já está consolidada na jurisprudência e na legislação brasileira a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, de acordo com o disposto no inciso IV da Súmula 331, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) em 1993 e revisada em 2000. Entretanto, com relação à Administração Pública o assunto não estava totalmente pacificado, visto que a Lei das Licitações, n. 8.666 de 1993, em seu artigo 71, § 1º, eximiu a responsabilidade do ente estatal perante a terceirização, em aparente afronta à responsabilidade subjetiva e objetiva de qualquer pessoa jurídica e principalmente do Estado. Enquanto grande parte da doutrina defendia a inconstitucionalidade do referido artigo, o Governador do Distrito Federal, através de seus Procuradores, propôs, em março de 2007, uma ação visando declarar constitucional a norma em comento, acentuando o debate em torno da questão. Após mais de três anos de discussões, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou este processo, se posicionando pela constitucionalidade do citado artigo, modificando o entendimento que vinha sendo adotado por diversos tribunais.

**Palavras-chave:** terceirização, responsabilidade do tomador, administração pública, lei das licitações.

**Sumário:** 1 Introdução - 2 Terceirização - 3 Responsabilidade do Tomador - 4 Responsabilidade da Administração Pública e a Lei das Licitações (Lei n. 8.666/1993) - 5 Ação declaratória de constitucionalidade n. 16 - 6 Conclusões – Referências.

**ABSTRACT:** In view of the importance of the outsourcing in the market of work and the globalized economy, this article has as objective analyze the guarantees enjoyed for the workers of the rendering companies of services when the borrowed entity of the same ones is the State. Already the subsidiary responsibility of the borrower of services is consolidated in the jurisprudence and the Brazilian legislation, in accordance with the made use one in interpolated proposition IV of Abridgement 331, edited for the TST in 1993, and revised in 2000. However, with regard to the Public Administration the subject total was not pacified, since the Law of the Licitations, 1993 n. 8.666, in its article 71, § 1º, exempted the responsibility of the state being before the outsourcing, in it apparently confronts mainly to the subjective and objective responsibility of any legal entity and of the State. While most part of the doctrine defended the unconstitutionality of the cited article, the Governor of the Federal District, through its Solicitors, considered, in March of 2007, an action aiming at to declare constitutional the norm in comments, accenting the debate around the question. After more than three years of discussions about this, the STF plenary judged this process, positioning itself for the constitutionality of that article, changing the understanding that had been adopted by several courts.

**Key words:** outsourcing, responsibility of the borrower, public administration, law of the licitations.

<sup>1</sup>Trabalho orientado pela Profa. Me. Daniele Comin Martins, docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE).

<sup>2</sup>Graduada em Jornalismo pela Faculdade Sul Brasil (FASUL), Graduada em Direito pela UNIOESTE. Especialista pela UNIOESTE, *Campus* de Marechal Cândido Rondon. Endereço eletrônico: frangutjahr@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

A importância de analisar detalhadamente os mecanismos utilizados nas contratações de terceiros para a prestação de serviços nas empresas tomadoras justifica-se pelas constantes transformações que o Direito do Trabalho tem sofrido nos últimos anos e também pela falta de normatização a respeito das práticas de terceirização.

Sob este aspecto, este trabalho visa levantar algumas discussões que permeiam o fenômeno da terceirização dentro das empresas privadas e também da Administração Pública. Há muitas questões controversas, que carecem de normatividade específica e que devem ser interpretadas cuidadosamente para não afrontar os princípios constitucionais e não suprimir os direitos básicos garantidos aos trabalhadores pela Constituição Federal de 1988.

A terceirização tem sido constantemente utilizada nos mais diversos ramos empresariais, sem que haja uma normatização específica, somente algumas leis que regulamentam determinados segmentos desta atividade, como a Lei nº 6.019/74 que autoriza a terceirização na área de limpeza e o Decreto-Lei nº 3.841/74 que autoriza a contratação de terceiros para os serviços de segurança. Também a Lei nº 7.102/83 trata dos casos de serviços de vigilância e a Lei nº 9.472/97 abrange a prática nas empresas de telecomunicações.

Nesse contexto, a jurisprudência tem exercido um papel de fundamental importância, fazendo a análise minuciosa de diversas situações concretas que surgem no dia-a-dia das empresas, procurando garantir a efetiva proteção aos direitos do trabalhador, obedecendo aos princípios básicos do Direito do Trabalho, e, conseqüentemente, evitando práticas fraudulentas por parte dos empresários e também da Administração Pública.

Em decorrência da falta de uma lei específica relacionada à terceirização de serviços e da maneira como é hoje praticada, na análise dos casos concretos surgem diversas dúvidas sobre aspectos que não foram tratados pela Súmula 331 do TST, principal instrumento autorizador e limitador da prática no Brasil.

No âmbito estatal, o tema já foi regulado por duas leis, que em seu texto permitem, em suposta desconformidade com diversos princípios constitucionais, a utilização indiscriminada da terceirização, abrangendo também os casos em que é utilizada na atividade fim da empresa, contrariando o texto apresentado pelo enunciado do TST. Através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, pretende-se elucidar essas questões, possibilitando um maior entendimento acerca do tema.

A responsabilidade decorrente dos contratos de terceirização já foi amplamente discutida pela jurisprudência pátria, sendo objeto de normatização pela Súmula 331. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas verbas trabalhistas oriundas do contrato terceirizado já está praticamente consolidada no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, a Lei n. 8.666 de 1993, que regula as Licitações no âmbito administrativo, apresenta em seu texto um artigo que exime a Administração Pública de toda e qualquer responsabilidade sobre os contratos terceirizados, o que para alguns estudiosos contraria a Súmula em vigor e a Constituição Federal.

Para dirimir estas dúvidas, este artigo foi objeto de uma Ação Direta de Constitucionalidade proposta em 2007 pelo governador do Distrito Federal, cujo pedido foi a declaração da constitucionalidade do dispositivo. No final de 2010, o Plenário do STF julgou a questão, deferindo o pedido formulado. Este tema será objeto de capítulo específico mais adiante.

Através da análise de diversos aspectos inerentes ao fenômeno da terceirização, dos movimentos políticos e econômicos que influenciaram seu surgimento e consolidação no Brasil e das leis que a normatizam, será possível identificar qual a solução dada em diferentes situações, seja quando envolve a empresa privada ou o Estado.

A pesquisa de jurisprudência de diversos Tribunais Regionais e do próprio Tribunal Superior do Trabalho auxiliará na elucidação de diversas questões controvertidas a respeito do tema em questão.

A metodologia empregada compreende um levantamento bibliográfico, à procura de conceitos sobre o tema e diferentes visões sobre a terceirização no Brasil, e para tanto, realizar-se-á uma pesquisa de cunho teórico, indutiva, valendo-se, para tanto, da utilização de fontes diversificadas, como livros, artigos, revistas jurídicas, doutrina, jurisprudência e Legislação.

## 2 TERCEIRIZAÇÃO

O neologismo “terceirização”, como termo, origina-se do vocábulo latino “*tertius*” (terceiro). Com sentido de intermediário, o termo “terceirização” é incorporado recentemente nos dicionários da língua portuguesa e é usado doutrinariamente para designar uma empresa que presta serviços a terceiros.

A ciência administrativa é o ramo de conhecimento mais adequado para identificar-se os elementos constitutivos da Terceirização. Isso porque está na Teoria da Administração o berço do fenômeno terceirizante, conforme Robertella (1994, p. 236) salienta ao explicar que “a terceirização fragmenta no sentido horizontal, a atividade empresarial, repartindo-a entre empresas dissociadas e independentes, que trabalham dentro de um regime de parceria”.

De acordos com os ensinamentos de Amorim (2009, p. 31), a terceirização surgiu quando

a empresa, que no fordismo era verticalizada – compreendendo todas as etapas do processo produtivo -, passou a ter uma estrutura horizontalizada, descentralizando e externalizando parte da produção a outras empresas, autônomas, organizadas numa rede de parceria interempresarial.

A técnica estudada aumenta a lucratividade e ocasiona uma maior competitividade no mercado, e torna-se assim uma estratégia indispensável à maior produtividade da empresa e qualidade dos produtos. Neste sentido, adverte Zymler (1998, p. 38) que “a terceirização surge [...] como uma tentativa de adaptação da sociedade civil e do Estado aos novos tempos de globalização”.

À luz da teoria administrativa, a terceirização é uma técnica e não um fenômeno, como proclama o Direito. Ela visa um fim específico, retratado por Chiavenatto (1999, p. 235) como a “eficiente eficácia empresarial”, isto é, fazer com que a empresa atinja seus objetivos (atividade fim) da maneira mais econômica possível.

Entretanto, sob um entendimento genuinamente jurídico, a expressão não é adequadamente empregada. Para o Direito, 'terceiro' deveria ser entendido como o sujeito estranho à relação jurídica formada, o que não ocorre quando se trata da terceirização.

Nessa relação, verifica-se o 'terceiro' como o sujeito que executa atividades acessórias dentro da relação, o que não configura, portanto, a 'alienigenabilidade' do empregado terceirizado com a relação jurídica.

Contudo, em decorrência da utilização reiterada do vocábulo 'terceirização' com o sentido primariamente exposto, passa-se a acatá-la, com as ressalvas necessárias, que provêm da cientificidade do termo.

Quanto ao processo terceirizante, a doutrina jurídica reconhece sua importância no contexto da administração, sendo utilizada no sentido operacional, como assevera Castro (2000, p. 78) ao afirmar que o fenômeno é

[...] uma moderna técnica de administração de empresas que visa ao fomento da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas nessas atividades, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal.

Essas empresas cujos trabalhadores são utilizados como mão-de-obra terceirizada têm grande importância dentro da organização, sob o ponto de vista administrativo, pois descentralizam as atividades acessórias, e possibilitam que a empresa se concentre em suas atividades principais.

Entretanto, há mais objetivos perseguidos pelo tomador do serviço, ligados também à questão econômica, como leciona Prunes (1999, p. 18) ao enfatizar que a

terceirização [...] é um procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos e aumentar a lucratividade e, via de regra, a sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que passará a prestar aqueles serviços que eram realizados habitualmente pelos empregados daquela.

Assim, em busca da redução drástica dos seus custos, muitas empresas utilizam a terceirização com a única intenção de reduzir seus encargos trabalhistas, o

que acaba por acarretar o desvirtuamento da essência da prática, que deve levar em consideração outros fatores, dentre os quais estão questões legais que Nascimento (2006, p. 595) esclarece ao dizer que

terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam, pela subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato-derivado. Este é uma figura jurídica que corresponde ao significado econômico do vocábulo que é usado na linguagem trabalhista, para designar a transferência de atividade econômica de quem originariamente a exercitaria para o exercício de outra pessoa física ou jurídica, o que não é vedado pela lei mas pode ter implicações trabalhistas que também ocorrem da sucessão de empresas e em outras alterações que podem afetar direitos dos empregados, nas quais o contratante originário mantém a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores.

Depois de analisar distintos conceitos do fenômeno da terceirização, percebe-se que há uma ampla controvérsia no âmbito jurídico, já que a mesma não possui um determinado conceito legal. Sua simplificada concepção, dentro da economia empresarial moderna, exclui os aspectos jurídicos, sociais e políticos e constrói um enorme ponto de interrogação no cerne da questão, abrindo espaço para inúmeras formas de interpretações, que por diversas vezes burlam a efetiva proteção ao trabalhador.

### 3 RESPONSABILIDADE DO TOMADOR

Quando se fala da descentralização da mão-de-obra na empresa, chamada de terceirização, e dos complicadores relativos ao tema, logo se remete à questão da responsabilidade. Barros (2006, p. 429) lembra que toda atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação e, por isso, a responsabilidade tornou-se “a grande vedete do direito civil”. A função da responsabilidade, para Barros, é servir como sanção civil, de natureza compensatória a algum dano.

Na seara do Direito Civil, de acordo com ensinamento de Regina B. T. da Silva, em comentário ao artigo 927 do Código Civil de 2002 (FIUZA, 2008, p. 882), a doutrina “é unânime na afirmação de que este instituto jurídico firma-se no dever de reparar o dano, explicando-o por meio de seu resultado”.

A responsabilidade civil subjetiva, prevista no citado artigo do Código Civil é também aplicável ao direito do trabalho, de acordo com o artigo 8º da CLT que autoriza sua aplicação por analogia. Ainda de acordo com Regina B. T. Silva (2008, p. 883),

a teoria subjetiva ou teoria da culpa continua a fundamentar, como regra geral, a responsabilidade civil, conforme o *caput* deste art. 927, que faz referência ao ato ilícito regulado no art. 186, segundo o qual o ato ilícito é a ação ou omissão dolosa, negligente ou imprudente que viola um direito e causa dano a outrem.

Há ainda a teoria do abuso de direito, compreendida no art. 187, também do Código Civil, segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Ela é de suma importância no contexto da terceirização pois, apesar desta ser permitida aos empresários,

não lhe é dado abusar desse direito, contratando prestadoras de serviços economicamente inidôneas e incapazes de assegurar os direitos dos trabalhadores contratados para execução do contrato interempresarial e, ainda assim, pretender se eximir de qualquer responsabilidade, quando notoriamente beneficiaram-se diretamente da força de trabalho (LORA, 2008, p. 105).

No mesmo artigo 927, agora no seu parágrafo único, está prevista a responsabilidade objetiva, que como será visualizado adiante, fundamenta também a responsabilidade atribuída ao Estado, pois ela independe de culpa, estando fundamentada na teoria do risco, que modernamente admite a responsabilidade apenas pela existência do fato lesivo, como será esmiuçado ao tratar da responsabilidade da Administração Pública perante os casos de terceirização.

Não obstante, apenas com o advento da Lei do Trabalho Temporário, Lei n. 6.019/74, a responsabilidade foi pela primeira vez ligada aos casos de terceirização. O art. 16 trata do tema afirmando que é responsabilidade solidária da empresa tomadora dos serviços as verbas de contribuições previdenciárias, remuneração e indenização. Contudo, tal responsabilidade verificar-se-ia apenas em caso de falência da empresa fornecedora.

Com o primeiro sinal, dado pela lei acima citada, o tema tornou-se recorrente e muito controverso. Sem um esforço legislativo necessário, fez-se imperativa uma preocupação hermenêutica, com a finalidade de solucionar os casos de forma mais justa e de acordo com a realidade socioeconômica do conjunto empregado-empregador.

Delgado (2007, p. 459) garante que instrumentos como a analogia com princípios do Direito do Trabalho, do Direito Comum e da própria Constituição Federal foram utilizados pela jurisprudência a fim de contrabalançar os termos da Lei 6.019/74, que em seu escrito incorpora as regras de responsabilização solidária à legislação pátria, com os preceitos e valores da sociedade, da própria Carta Magna e de todo conjunto jurídico, tornando-se uma regra mais coerente e cabível à compreensão do Direito.

Diversas decisões do TST têm aplicado o artigo 9º da CLT (“serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”) nos casos em que se configura a terceirização ilegal para impor o reconhecimento da responsabilidade solidária entre o tomador do serviço e a empresa prestadora. Por outro lado, nos casos

em que a terceirização está dentro dos limites legais permitidos, a responsabilidade do tomador perante os inadimplementos trabalhistas é subsidiária, conforme dispõe a Súmula 331 do TST em seu inciso IV, cujos preceitos serão esmiuçados adiante.

André Aquino (2004, p. 2), em sua análise sobre a responsabilidade na terceirização esclarece que

o certo é que o tomador deve, antes de efetivar a contratação da prestadora de serviços, cercar-se dos cuidados necessários, a fim de evitar possíveis contratempos, especificamente no que diz respeito à idoneidade da contratada, havendo-se de manter vigilante em relação à quitação, por parte da mesma, das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho mantidos com os empregados que desempenham labor em suas instalações.

Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia da má escolha do fornecedor da mão-de-obra. Para Karen Artur (2007, p.114), “a escolha dessa responsabilidade [subsidiária] significou um meio de não onerar diretamente o tomador de serviços, já que a empresa prestadora será a principal responsável pelo cumprimento das obrigações.” De qualquer forma, ela atua como uma defesa do direito do trabalhador, garantindo sua proteção nos casos em que a prestadora de serviços não tenha recursos para garantir o pagamento das verbas trabalhistas.

Há na doutrina e na jurisprudência controvérsia a respeito da responsabilidade da Administração Pública nos casos de terceirização. Essa polêmica será tratada com mais profundidade no terceiro capítulo, onde se discorrerá sobre todas as peculiaridades da aplicação do fenômeno terceirizante aos entes públicos.

#### **4 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEI DAS LICITAÇÕES (LEI N. 8.666/1993)**

Conforme já foi demonstrado nos itens anteriores, a Administração Pública traz algumas peculiaridades quanto ao tema da terceirização de serviços. Dentre elas está a questão da responsabilidade do Estado com esses procedimentos, quando empresa prestadora dos serviços não honra com seus compromissos perante seus funcionários.

Em relação ao tema da responsabilidade, o artigo 71 da Lei n. 8.666/93 tem sido comumente argumentado para eximir a Administração Pública de qualquer responsabilização em relação aos serviços que foram terceirizados. O texto do § 1º do artigo citado diz o seguinte:

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. (sem grifo no original)

É nesse sentido que Zymler (1998, p. 50), ao tratar do tema da responsabilidade, afirma que a União

quando interpelada judicialmente, vem alegando que o art. 71 do Estatuto das Licitações e Contratos, que rege os contratos firmados entre a Administração Pública – tomadora dos serviços – e as empresas fornecedoras dos serviços, prevê que o contratado é o único responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato. O § 1º do referido artigo vai mais além, ao exonerar a Administração Pública da responsabilidade – subsidiária ou solidária – pelos encargos retromencionados.

De acordo com o entendimento doutrinário, se verificado o dano causado a terceiro pelo Poder Público, o direito a reparação é inerente, independentemente da prova da culpa do agente público. Esse encargo decorre diretamente da responsabilidade objetiva do Estado, indubitavelmente prevista pela Constituição Federal de 1988.

No tocante à responsabilização estatal, a doutrina administrativa ocupa-se por estudar a evolução normativa dessa responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Nos ensinamentos de Mello (2002, p. 869)

inicialmente prevaleceu, como, de resto, sucedia no Exterior, a tese da culpa civil. É dizer: o Estado respondia quando funcionário seu, atuando no exercício da função, procedia de modo culposo, por negligência, imprudência ou imperícia. Evoluiu, ao depois, para a noção de falta de serviço, para finalmente aceitar, assaz de vezes, a responsabilidade objetiva.

No mesmo sentido é que Meirelles (2007, p. 652) afirma que “o direito pátrio oscilou entre as doutrinas subjetiva e objetiva da responsabilidade civil da Administração”. Dessa maneira, ao se estabelecer a responsabilidade objetiva como regra, foi ela fundamentada na teoria do risco, segunda a qual “não se cogita a culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público”.

Deve-se ter em vista que o Poder Público é responsável pela escolha e agenciamento de empresa inidônea para prestação de serviços e que esta, em decorrência de conduta culposa, deixa de cumprir suas obrigações trabalhistas. Essa responsabilidade fica clara no ensinamento de Delgado (2007, p. 461) ao enfatizar que

mesmo que se entenda não caber a incidência, no presente caso, da regra da responsabilidade objetiva do Estado, não se pode negar a

validade da incidência da responsabilidade subjetiva da entidade estatal terceirizante (responsabilidade própria a qualquer pessoa jurídica e que não foi excluída do Estado pela Carta Magna – ao contrário, a Constituição, como visto, aprofundou a responsabilidade dos entes estatais.

É nesse sentido que os Tribunais têm tratado a questão, conforme demonstram a ementa de decisão do TRT de Minas Gerais:

EMENTA: DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – LEI 8666/93. O art. 71 da Lei 8.666/93 não excepciona a Administração Pública da responsabilidade subsidiária, na medida em que a própria Constituição da República não o faz. Embora a referida Lei proíba a responsabilização direta do ente público, não o exime do dever de vigilância. Trata-se do repúdio do ordenamento jurídico a que alguém se beneficie do trabalho alheio, escusando-se de toda e qualquer responsabilidade para com a garantia da contraprestação mínima ao mesmo, bem como dos direitos que lhe são legalmente assegurados. A responsabilidade é fixada para que se amplie a base econômica em que o empregado firmará seus direitos, em atendimento ao princípio constitucional do valor social do trabalho. (Processo n. 00507-2008-152-03-00-0 RO; Relator: Cleube de Freitas Pereira; Revisor Convocado: Paulo Maurício Ribeiro Pires; Data de Publicação: 20/12/2008)

Contudo, deve-se, ainda, delimitar o espaço em que atuam as empresas privadas e a Administração Pública. Como já se asseverou neste trabalho, o vínculo empregatício pode, sim, ser reconhecido quando a terceirização é ilícita, mas apenas na relação entre empresas privadas. Se algum ente estatal participa, como empresa tomadora, da relação jurídica, o vínculo não se consolida. A Carta Constitucional defende que qualquer cargo público deve ser preenchido, única e exclusivamente, por concurso público, de provas ou de provas e títulos e a jurisprudência vem tendo este entendimento.

No caso da responsabilidade da Administração Pública, Delgado (2007, p. 462) afirma que

quer em face da responsabilidade objetiva do Estado, quer em face de sua responsabilidade subjetiva, inerente a qualquer pessoa jurídica, as entidades estatais respondem, sim, pelos valores resultantes dos direitos trabalhistas devidos pelos empregadores envolvidos em contratos terceirizantes com tais entidades.

Para Amorim (2009, p. 221), o Estado, ao praticar a terceirização, deve reforçar a sua responsabilidade pela “preservação dos valores constitucionais vulnerabilizados pela prática”. Para o autor, os valores que devem ser preservados, especialmente pela Administração Pública, são a proteção social do trabalho, a eficiência administrativa, a organização funcional da Administração e o princípio da impessoalidade.

É importante destacar que a própria Lei das Licitações, após as alterações introduzidas pela Lei nº 9.032/95, passou a prever a responsabilidade solidária dos entes de Direito Público pelas contribuições previdenciárias, conforme se observa no art. 71, §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” (sem grifo no original). Essa posição é expressamente adotada pela Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, conforme ementa que segue:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PARCELA PREVIDENCIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. RECURSO IMPROVIDO. O inadimplemento, por parte do empregador, das verbas previdenciárias dá ensejo a responsabilidade solidariamente do tomador de serviço ainda que ente público, nos termos do § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. (Processo n. 0050700594.1992.141.14.00-3; Relator: Carlos Augusto Gomes Lôbo; Revisor Convocado: Vulmar De Araújo Coêlho Junior; Data de Publicação: dez. 2005)

A Súmula 331 do TST, então, tratou de estabelecer diretrizes concretas sobre a responsabilidade na terceirização. O inciso IV infere que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, [...] desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

Nesse sentido, a jurisprudência do TRT do Paraná confirma esse entendimento, ao decidir que a responsabilidade é subsidiária, sendo Administração Pública ou não, conforme se vê na jurisprudência abaixo:

TRT-PR-22-04-2008 TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. RISCO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SÚMULA Nº 331 DO C. TST. A subsidiariedade é decorrente do trabalho prestado pela Reclamante, porque houve contrato entre a prestadora de serviços e a terceira Reclamada, responsável subsidiária, para a prestação de serviços, em prol dela, cujos serviços eram prestados em sua sede. A teor da Súmula nº 331 do C. TST, deve o empregador, seja órgão da Administração Pública ou não, prever o risco do contrato firmado com empresas interpostas, porque não se pode admitir o fato de a letra fria de um contrato vir em detrimento do trabalhador, mormente quando existe manifestação expressa do C. TST nesse sentido. Não é crível admitir o desconhecimento pelos órgãos contratantes da responsabilidade que se lhes impõem, quando pactuam esse tipo de contrato, devendo servir-se de garantias que atestem a idoneidade financeira e moral da empresa contratada. Recurso da Reclamada a que se nega provimento. (TRT-PR-01489-2007-008-09-00-3-ACO-12613-2008 – 1ª. TURMA; Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES; Publicado no DJPR em 22-04-2008)

Assim, como bem podemos observar, o TST entende que as obrigações

trabalhistas são, primordialmente, de responsabilidade direta da empresa fornecedora e com a qual o empregado tem, em suma, um contrato de emprego.

Contudo, caso esta não cumpra suas obrigações trabalhistas, o trabalhador poderá recorrer, subsidiariamente, ao devedor secundário, seja ele o particular ou a Administração direta ou indireta, o qual recebeu os serviços prestados e obteve vantagem econômica durante determinado período.

Nos dizeres de Delgado (2007, p. 485),

cabe assim, a garantia subsidiária dos direitos trabalhistas pelo tomador da obra ou serviço não apenas em virtude da responsabilidade mínima por ato de terceiro como também pela vedação jurídica ao abuso de direito, harmonizados esses dois princípios à prevalência hierárquica do valor-trabalho e direitos laborais na ordem jurídica do país.

Em decorrência das inúmeras dúvidas expostas, foi proposta no Supremo Tribunal Federal pelo Governador do Distrito Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 pelo, que tem por objetivo ver declarada a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/1993. Em virtude do recente julgamento desta ação, o tema será tratado com detalhes em capítulo próprio.

## **5 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16**

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 foi proposta em março de 2007 pelo Governador do Distrito Federal, com o objetivo de declarar constitucional o artigo 71, § 1º da Lei 8.666 de 1993, com redação dada pela Lei 9.032 de 1995:

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.

De acordo com a pauta temática da Ação, alega-se que esse dispositivo

tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, § 1º da Lei Federal nº 8.666/1993. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

A jurisprudência, no entanto, vinha pugnando pela inconstitucionalidade do referido artigo, com fundamento na tese de que a Constituição, em seu artigo 37, § 6º, impõe a responsabilidade objetiva para o Estado em todos os casos, sem qualquer distinção. Nos ensinamentos de Amorim (2009, p. 127), “o art. 71 da Lei nº 8.666/93 somente se aplica na hipótese em que o contratado age dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades”.

Antes mesmo de proposta a ação, já havia sido levantado o debate em torno da questão, no qual Delgado (2007, p. 461) criticava o artigo, dizendo que

tal exceção efetuada pela Lei de Licitações desrespeitaria, frontalmente, clássico preceito constitucional responsabilizatório das entidades estatais (a regra da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, inculpada já há décadas na história das constituições brasileiras).

Estas diferentes posições foram levadas em consideração pelo Plenário do STF na ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 em novembro de 2010, que, contrariando diversos pensamentos doutrinários, declarou constitucional o artigo que exime a responsabilidade da Administração Pública, através da seguinte decisão, extraída do site do STF: “o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto”.

Em notícia publicada no site do STF em 24 de novembro de 2010, ressalta-se que, em razão do artigo ter sido declarado constitucional, o TST não poderá generalizar os casos, mas deverá analisar com mais rigor, no caso concreto, qual foi a principal causa do inadimplemento das obrigações trabalhistas, para então responsabilizar a Administração Pública, se for o caso.

Nos dizeres do presidente do STF, isso “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa. O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”.

Desta forma, quando se tratar de responsabilidade sobre as obrigações trabalhistas do empregado, verificada a culpa do ente estatal, seja ele de ordem direta ou indireta, autárquica ou fundacional, este será responsável subsidiário pelo adimplemento. Caso a empresa prestadora do serviço, contratada pela Administração Pública, não consiga, por algum motivo, responder às indenizações e remunerações devidas, o ente público que não escolheu adequadamente a empresa, arcará, secundariamente, com essa dívida, respeitando os direitos garantidos ao trabalhador.

## 6 CONCLUSÕES

Dada a importância do tema analisado neste trabalho e sua relevância no mundo jurídico, chega-se a importantes conclusões sobre diversos aspectos no fenômeno da terceirização, em pleno desenvolvimento no Brasil e no mundo.

Partir de um breve histórico sobre o contexto no qual está inserido, o Direito do Trabalho, torna o estudo da terceirização mais enriquecedor, pois como não há regras que o normatizam, sua utilização é essencialmente interpretativa, segundo os princípios gerais do direito e aqueles que são específicos do ramo trabalhista.

A importância de um estudo detalhado sobre a prestação de serviços por terceiros é ressaltada pelo fato de não haver normas que a disciplinam especificamente, ficando sua aplicação condicionada à interpretação dos tribunais e da doutrina.

Verificou-se que a terceirização de serviços nasceu dentro da Teoria da Administração, onde a mesma é utilizada pelas empresas para melhorar a sua produtividade, reduzir custos e conseqüentemente aumentar sua competitividade no mercado globalizado.

Essa mudança no comportamento das organizações foi necessária em decorrência da mudança do mercado global, que passou a exigir produtos de maior qualidade e com menor preço, para que pudessem concorrer com aqueles que chegavam ao país trazidos do exterior.

Com a chegada do fenômeno terceirizante ao Brasil, muitas empresas foram se adaptando, utilizando-se da técnica para aumentar a eficácia e a eficiência de suas atividades. Nesse contexto, surgiram alguns conceitos essenciais para se explicar essa nova forma de prestação de serviços no Brasil. Entretanto, apesar da Ciência da Administração ter desenvolvido de forma significativa o fenômeno, ainda há ampla controvérsia no âmbito jurídico sobre o tema, pois não há uma lei que explique claramente o que é a terceirização e em que casos pode efetivamente ser utilizada. Essa interpretação administrativa do termo exclui os aspectos jurídicos e sociais, abrindo espaço para inúmeras formas de interpretação, o que pode ocasionar, em alguns casos, prejuízos aos trabalhadores.

Uma das questões que gera mais controvérsia no âmbito acadêmico e jurídico é a conceituação de atividade fim e atividade meio. Teóricos, doutrinadores e aplicadores do direito divergem quanto à abrangência de cada termo, que segundo a Súmula 331 do TST é essencial para diferenciar a terceirização lícita daquela que não é permitida pelo ordenamento jurídico.

Diversos autores defendem, em conformidade com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, que a terceirização só pode ser utilizada nas atividades acessórias da empresa, e não aquelas inerentes ao objetivo presente do estatuto da organização. É esse o entendimento da Súmula 331 e da jurisprudência dominante em diversos Tribunais Regionais do Trabalho.

Outro assunto discutido constantemente é a responsabilidade presente nos casos de terceirização. A doutrina sustenta que a empresa tomadora dos serviços é responsável subsidiária pelas verbas trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho entre a prestadora de serviços que ele contratou e o empregado.

É o que está exposto na Súmula 331, que surgiu de diversas interpretações dos Tribunais que procuravam efetivar o princípio maior do Direito do Trabalho, garantindo a proteção ao trabalhador, que não poderia ficar desamparado em razão da inadimplência da empresa pela qual estava contratado. Essa responsabilidade subsidiária da empresa tomadora decorre do fato da mesma ter se beneficiado dos serviços do empregado e de ter escolhido uma empresa que não cumpriu com suas obrigações.

Além dessa previsão feita pela Súmula, a Lei 6.019/74, que regula o Trabalho Temporário, em seu artigo 16, afirma que a empresa tomadora é também responsável solidária pelas verbas de contribuições previdenciárias, remuneração e indenizações.

Outro tema bastante controverso é a terceirização na Administração Pública. Como foi exposto no trabalho, a Súmula 331 excetua o Estado com relação à formação do vínculo de emprego, que ocorre nos casos em que há fraude na prestação do serviço, porém somente quando a tomadora é empresa privada.

Essa exceção decorre de preceito constitucional que exige, para a contratação de funcionários públicos, a realização de concurso público, não podendo o vínculo originar-se de outra maneira. Doutrina e jurisprudência são pacíficas quanto a não aceitação do vínculo com a Administração Pública sem o procedimento concursal.

De outro lado, questiona-se a responsabilidade atribuída ao ente estatal em relação às atividades terceirizadas no seu âmbito. A Lei 8.666/93, em seu artigo 71, exige a Administração Pública de qualquer responsabilização em face dos serviços terceirizados. Entretanto, a Súmula 331 do TST afirma que o Estado também é responsável subsidiário nos casos por ela previstos.

Os Tribunais têm entendido pela inconstitucionalidade do mencionado artigo da Lei de Licitações, por confrontar, em primeiro lugar, com a Constituição Federal, que em seu artigo 37, § 6º impõe a responsabilidade objetiva do estado, e em um segundo momento, com a Súmula 331 do TST.

Não obstante o entendimento jurisdicional e doutrinário, quando provocado para se manifestar sobre a controvérsia levantada com o surgimento do referido artigo, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela sua constitucionalidade, retirando a responsabilidade direta do Estado nos casos de inadimplemento por parte dos prestadores de serviço, salvo se em cada caso concreto analisado, verificar-se a culpa do ente público na escolha da empresa.

Conclui-se, com a análise de diversos fatores ligados à terceirização, que ainda há muitas questões controversas no meio jurídico, grande parte delas em decorrência da falta de uma legislação específica sobre o tema, que foi desenvolvendo-se a partir de casos práticos e de interpretações jurisprudenciais, que hoje tem extrema importância para o Direito do Trabalho.

Pode-se afirmar que, no momento, a normatização existente sobre o tema autoriza seu uso, no caso da tomadora dos serviços constituir-se como empresa privada, apenas às atividades acessórias da empresa, caracterizadas pela Súmula como atividades meio.

De outro lado, quando tratar-se de casos de concessão de serviços da Administração Pública, existem duas leis que autorizam a empresa concessionária a terceirizar o objeto da concessão, permitindo-a em atividade fim, contrariando a Súmula 331 do TST.

No tocante ao tema da responsabilidade, grande parte da doutrina e da jurisprudência é unânime ao atribuir a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço quando da inadimplência da prestadora, independentemente de ser uma entidade estatal ou uma empresa privada que se beneficia dos serviços, desde que constem do título executivo ou se prove a culpa, sendo ente público, procurando sempre proteger os direitos garantidos aos trabalhadores.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público**: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009.

AQUINO, André Wilson Avellar de. **Terceirização**: responsabilidade solidária x responsabilidade subsidiária. 08 abr. 2004. Disponível em: <[http://www.nesp.unb.br/polrhs/desprec/pdftec/aquino\\_andre.pdf](http://www.nesp.unb.br/polrhs/desprec/pdftec/aquino_andre.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2009.

ARTUR, Karen. **O TST frente à terceirização**. São Paulo: EduFSCar, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CHIAVENATTO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIUZA, Ricardo. **Código civil comentado**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços: inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. **Rev. TRT 9ª Região**, Curitiba, a. 33, n. 60, p. 81 a 122, jan./jun. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Trabalho terceirizado e composição industrial**. 2. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização. Aspectos jurídicos: Responsabilidades, Direito Comparado. **Revista LTr**. São Paulo, v. 58, n. 8. Ago/1994.

ZYMLER, Benjamin. Contratação indireta de mão-de-obra *versus* terceirização. **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 75, jan/mar 1998.

---

*Recebido em: Março/2011*

*Aceito em: Maio/2011*