

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

PEDRO AUGUSTO DA SILVA MELO

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

CAMPINA GRANDE – PB

2015

PEDRO AUGUSTO DASILVA MELO

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Jardon Souza Maia.

CAMPINA GRANDE/PB

2015

PEDRO AUGUSTO DASILVA MELO

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

MS28r Melo, Pedro Augusto da Silva.
 Responsabilidade da administração pública na terceirização / Pedro Augusto da
 Silva Melo. – Campina Grande, 2015.
 37 f.

 Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de
 Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.
 Orientador: Prof. Esp. Jardon Souza Maia.

 1. Administração Pública. 2. Terceirização - Serviço Público. I. Título.

CDU 35(043)

PEDRO AUGUSTO DASILVA MELO

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

Aprovada em: 29 de fevereiro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Jardon Souza Maia
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Orientador)

Prof. MsC. Alberto Jorge S. L. Carvalho
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1º Examinador)

Prof. MsC. Saulo Medeiros da C. Silva
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2º examinador)

Aos que sonharam junto comigo
na busca de alcançar esse objetivo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por me dar saúde e força de lutar dia-a-dia em busca de dias melhores.

Aos meus pais Jurandez Buriti e Célia pela força e determinação que demonstraram para criar e amar três filhos, nos educando para a vida.

Aos meus irmãos Henrique e Jurandez Júnior.

A minha namorada Camila Marques, pelo incentivo e apoio constante durante todo tempo do curso.

A toda minha família, em especial os primos Wanderson, Caique e Bismarck, pela diversão enquanto dividimos apartamento e ao meu Tio Euflávio (binho) por ter me incentivado e ajudado de diversas formas no início e durante o curso.

Aos amigos e colegas de “Azulão”, durante as viagens diárias entre Cuité e Campina.

Aos amigos que fiz durante o curso e levarei pra vida Almir, Aroldo, Bruce, Coreolano, Denílson, Gilliarde, Gustavo, Hítalo, Jefferson, Joaquim, Olavo, Vinícius e Wesley, onde sempre estávamos juntos para “resenhar” e estudar. “Tu é Moral”!

Ao professor Jardon Souza Maia por ter aceitado orientar-me neste trabalho de conclusão de curso, bem como toda paciência e excelência que tem para explicar o conteúdo, sempre orientando da melhor forma seus alunos, sendo exemplo de profissional.

Ao Centro de Ensino Superior Reinaldo Ramos – CESREI por ter disponibilizado a melhor seleção de professores e funcionários para o melhor desempenho dentro e fora da sala de aula.

"Se podes?", disse Jesus.
"Tudo é possível àquele que crê."

Marcos 9:23

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a Responsabilidade da Administração Pública na Administração. Primeiramente foi realizada uma abordagem geral sobre a terceirização, indicando conceitos, trabalhando sua evolução e utilização tanto na esfera pública quanto privada. Ao caminhar do trabalho foi discorrido sobre a terceirização no direito brasileiro, bases legais que autorizam sua utilização, considerações acerca do projeto de lei nº 4.330/2004, além de diferenciar terceirização e concessão de serviço público. Por fim, foi trabalhado a responsabilidade da administração pública na terceirização, a grande importância da fiscalização dos contratos como forma de prevenir condenações, o crescimento dos descumprimentos de obrigações trabalhistas, dissertando sobre a responsabilidade subsidiária da administração pública, bem como sobre o entendimento jurisprudencial dominante no ordenamento jurídico pátrio. Definição de terceirização, tal instituto visa melhorar a relação custo benefícios, pois exime o tomador dos serviços das relações trabalhistas, buscando especializar determinadas áreas tornando a atividade mais rentável, surgimento e evolução do fenômeno terceirização no Brasil e no mundo. Benefício e malefícios, terceirização nas empresas privadas e no serviço público em que atividades é permitido terceirizar e qual a abrangência desse tipo de contratação, em que momento a administração pública pode e começou a utilizar essa forma de execução de contrato, quais são as bases legais que autorizam a terceirização, quais ainda estão em vigor, diferenciação entre terceirização que acontece quando o ente estatal contrata uma empresa privada para realizar determinadas atividades pré-estabelecidas, visando à melhoria do serviço público nas suas funções institucionais e concessão de serviço público em que o ente público delega a execução de determinado serviço público, este executa em seu nome, sua remuneração advém do pagamento realizado pelo usuário do serviço por meio do pagamento de tarifas. Considerações acerca do Projeto de Lei nº 4.330/2004 que tramita no Congresso Nacional. Consequência de não se fiscalizar corretamente o contrato de terceirização. *Culpa in vigilando*, ADC nº 16, súmula 331 TST. Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública caso comprovada a negligência da fiscalização.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária.

ABSTRACT

This paper is about the responsibility of Public Administration in Management. First a general approach on outsourcing was performed, indicating concepts, working their evolution and use both as private public sphere. In the development of the paper was spoken about outsourcing in Brazilian law, legal bases authorizing their use, considerations about the bill nº 4330/2004, and differentiate outsourcing and public service concession. Finally, the responsibility of public administration in outsourcing was worked, the high importance of supervision of contracts in order to prevent convictions, the growth of labor obligations breaches, expounding on the subsidiary responsibility of the public administration, well as on dominant jurisprudential understanding on the Brazilian legal order. Definition of outsourcing, such institute aims to improve the cost benefits, because exempt the borrower of the labor relations services, seeking to specialize certain areas becoming the most remunerable activity, rise and evolution of the outsourcing phenomenon in Brazil and worldwide. Benefit and harm, outsourcing in private companies and in the public service in which activities are allowed to outsource and what the breadth of this type of contract, in which time the public administration can and started using this form of contract execution, what are the legal bases which authorize the outsourcing, which are still in effect, differentiating between outsourcing that happens when the state entity hires a private company to perform certain pre-established activities, aimed at improving the public service on its institutional functions and public service concession on that the public entity entrusts the execution of certain public service, by running it on your behalf, and paid by the user for the service through the payment of rates. Considerations about the Draft Law No. 4.330 / 2004 that pending in the National Congress. Oversight of the outsourcing contract and consequence of not performing. Cultured “*in vigilando*”, ADC No 16, 331 summary TST. Subsidiary responsibility of the Public Administration if confirmed negligence from the oversight.

KEYWORDS: Outsourcing. Administration Public. Responsibility Subsidiary.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

IN – Instrução Normativa

OJ – Orientação Jurisprudencial

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 TERCEIRIZAÇÃO	12
1.1 Considerações iniciais sobre a terceirização.....	12
1.2 Evolução da terceirização.....	13
1.3 Terceirização nas empresas privadas.....	15
1.4 Terceirização no serviço público.....	16
2 TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	18
2.1 A evolução histórica da terceirização no Brasil	18
2.2 Bases legais que autorizam a terceirização.....	19
2.3 Considerações acerca do Projeto de Lei nº 4.330/2004.....	22
2.4 Diferenças entre terceirização e concessão de serviço público.....	23
3 A RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO	25
3.1 Fiscalização do contrato.....	25
3.2 Descumprimento de obrigações trabalhistas.....	28
3.3 Responsabilidade subsidiária em demanda judicial.....	29
3.4 Entendimento jurisprudencial	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

Com o crescimento industrial, os empresários se veem obrigados a buscarem novas formas de maximizarem seus lucros, com isso buscam as mais variadas alternativas para reduzir os custos com mão-de-obra já que reconhecidamente é uma dos pontos que mais geram despesas ao empregador. Diante disso uma das formas que se encontrou foi terceirizar o serviço, com o intuito de reduzir os custo e contar sempre com trabalhadores mais especializados, dessa forma a empresa se tornaria mais competitiva no mercado.

Posteriormente a Administração Pública começou utilizar essa forma de contratação, visando melhorar a qualidade do serviço prestado a população, tornando-o, entre outras coisas, o serviço mais célere, econômico e especializado, pois passaria a responsabilidade de determinados serviços aos cuidados de um terceiro, gerando um ganho real de qualidade na atividade finalística dos órgãos da Administração Pública.

Entretanto, tais benefícios muitas vezes são suprimidos pelos malefícios ocasionados pelas empresas que ingressam nesse ramo de atuação visando apenas cometer golpes, é corriqueiro algumas empresas desrespeitarem a legislação vigente no país não pagando aos funcionários as obrigações trabalhistas, recaindo, em muitos casos, sob a Administração Pública o dever de quitar todos os débitos existentes para com esses empregados.

Aliada a própria falta de fiscalização e devida gestão, visando o fiel cumprimento dos contratos, é comum o surgimento de empresas de fachada que somem do mapa após conseguirem receber algumas parcelas do contrato, prejudicando a própria Administração Pública, bem como os empregados.

No meio de toda essa problemática fica o empregado, sendo muitas vezes enganado pelas empresas, não recebendo todas as obrigações devidas, tendo que recorrer ao judiciário para recebê-las e até mesmo submetendo-se novamente ao mesmo empregador para continuar trabalhando ou conseguir um novo emprego.

A legislação vem tentando suprir as necessidades, preenchendo as lacunas existentes na busca de melhor definir o tema, porém na maioria das vezes tais modificações não acompanham a velocidade das modernizações e as controvérsias do tema chegam ao judiciário e este acaba orientando e definindo certos temas através de suas decisões seja dando novas interpretações à legislação já vigente ou sumulando entendimentos jurisprudenciais.

Com o aumento constante desse tipo de contratação e conseqüentemente dos problemas que surgem com o referido aumento, tal tema torna-se atual e relevante não só aos operadores do direito, bem como a toda sociedade que de forma direta ou indireta são atingidos pelas implicações do tema. Tornando-se, dessa forma, necessária uma análise dos limites em que a Administração Pública pode ser responsabilizada na terceirização.

1. TERCEIRIZAÇÃO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

Terceirização é um instituto no qual determinada empresa contrata trabalhadores para que desenvolvam suas atividades laborais para um terceiro, tais relações ganharam denominações específicas o empregado chama-se prestador de serviço e o terceiro, tomador.

Na visão do doutrinador Sérgio Pinto Martins:

Terceirização deriva do latim tertius, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente. No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e o seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto, ser terceiro. A terceirização, entretanto, não fica restrita a serviços, podendo ser feita também em relação a bens ou produtos". (2005, p.19).

Tal instituto visa melhorar a relação custo benefícios, pois exige o tomador dos serviços das relações trabalhistas, buscando especializar determinadas áreas tornando a atividade mais rentável.

Dessa forma o empregado prestador de serviço não possui relação trabalhista com o tomador dos serviços, o tomador dos serviços contrata uma empresa para que esta execute serviços, a relação de subordinação dos empregados é para com a empresa, o tomador dos serviços administra um contrato.

O surgimento da terceirização tem seu início durante a Segunda Guerra Mundial, quando os Estados Unidos necessitavam aumentar sua produção de produtos bélicos para continuar combatendo, com isso as indústrias contrataram terceiros para auxiliar na produção. Como cita Nascimento Filho:

... Por estar sobrecarregada e sem condições de atender à demanda, a indústria bélica iniciou o processo de transferência de serviços a terceiros, que seriam contratados para dar suporte ao aumento da produção de uniformes militares, armas leves e pesadas, munição, navios, aviões e tanques de guerra. (2001).

Na mesma linha de raciocínio o autor Rubens F. de Castro expõe que:

“Antes da II Guerra Mundial existiam atividades prestadas por terceiros, porém não poderíamos conceituá-las como terceirização, pois somente a partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia, autorizando seu estudo pelo Direito Social, valendo lembrar que mesmo este também sofre grande aprimoramento a partir de então”. (2000, p.75).

Ao passar dos anos a terceirização tornou-se popular no mundo, ultrapassando os limites das empresas privadas e sendo amplamente utilizada pela Administração Pública. Sendo implementada em todos os setores com a promessa de melhoria dos serviços prestados, com isso torna as empresas privadas mais competitivas e a Administração Pública mais eficaz. O referido tema é controverso gerando constantes debates, a legislação vem se atualizando e a jurisprudência tem um papel essencial na garantia dos direitos.

EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

As relações de emprego veem se modificando ao passar do tempo, hoje se busca evoluir respeitando os direitos dos operários, entretanto nem sempre foi assim, por muitos anos as evoluções não levavam em consideração os anseios da mão-de-obra.

Durante a antiguidade clássica utilizava-se escravos, geralmente prisioneiros de guerra, na produção. Não havia remuneração, eram explorados até o limite de sua capacidade física, somado a isso passavam por castigos físicos. Não havia uma relação de trabalho, o senhor tinha propriedade sobre aquela pessoa.

Posteriormente, na Idade Média, nasce o feudalismo, sistema que se funda sobre a propriedade rural, o proprietário das terras chamado de Senhor Feudal repassava um parte ao vassalo para que este explora-se aquela porção, com isso gerava uma dependência, o vassalo não era mais um escravo passando a ser um servo.

Devido às péssimas condições de trabalho surgiram as Corporações de Ofício, onde indivíduos se organizaram na busca por melhores condições, trabalhavam por um salário e possuíam hierarquia entre si, começava a surgir mesmo que timidamente uma relação de trabalho.

Acerca dessas associações Antonio Gasparetto Júnior escreve que:

As Corporações de Ofício, como eram chamadas essas associações, agrupavam indivíduos com fins religiosos, econômicos ou político-sociais. Quando as organizações eram de cunho religioso, ocorria o culto dos profissionais envolvidos ao santo considerado patrono, pregando ainda a caridade entre seus membros. Associações de fins econômicos procuravam garantir o monopólio de determinadas atividades. E as organizações político-sociais reunia a plebe artesã para fazer frente aos mercadores detentores de poder.

Ao caminhar da história, no momento que os burgueses, insatisfeitos com a dominação dos reis absolutistas, criam os burgos, surge a ideia de capitalismo. Criando suas formas de trabalho, buscando sempre o maior lucro, pagando baixos salários por longas e exaustivas jornadas de trabalho.

Foram surgindo indústrias, nesse cenário destacaram-se dois modelos de produção, tal seja o fordismo e o toyotismo, especializando o operário, possibilitando o aumento considerável da produção. Ao passo do crescimento industrial, surgiam de fato as relações de trabalho, nascendo também os movimentos sociais buscando por melhores salários e condições de trabalho. Vindo a se consolidar no século XIX.

Todas essas modificações ao longo da história são as bases para que durante a Segunda Guerra Mundial surgir-se a terceirização, como citado anteriormente, buscando entre outras coisas aumentar a qualidade do produto, reduzir custos com mão-de-obra, e nesse cenário de disputas por mercado e lucratividade a terceirização ganha espaço e os debates sobre o tema são constantemente travados a fim de se encontrar mecanismos para melhor regulá-lo e fiscalizá-lo.

Ao passar dos anos, das épocas históricas, a luta entre crescimento econômico e o respeito à dignidade da pessoa humana continuam presentes e atuais. Passamos de uma sociedade escravocrata, para chegarmos a um estado de direito em que se busca igualar as forças entre empregador e empregado.

TERCEIRIZAÇÃO NAS EMPRESAS PRIVADAS

Atualmente o ordenamento jurídico pátrio autoriza a contratação de terceiros apenas nas atividades-meio da empresa. Segundo Delgado (2002, p. 374), Atividades-Meio são as atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços, ou seja, aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Dessa forma, a terceirização é comumente utilizada nas áreas de limpeza, conservação, segurança, possibilitando a atenção do empreendedor apenas no produto final, já que questões tributárias, de recursos humanos, toda a engenharia na gestão de pessoas é simplificada apenas na contratação de outra empresa, diminuem-se os funcionários ligados diretamente à empresa, aumentando o nível de especialização dos funcionários.

No dizer de Rubens F. de Castro, no livro *A Terceirização do Direito do Trabalho*, a terceirização é utilizada como:

[...] 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. (2000, p.78).

Um estudo elaborado pelo DIEESE/CUT Nacional, em 2014, para este estudo utilizaram dados de 2013 e constataram que os terceirizados recebem salário 24,7% menores que os dos efetivos, permanecem no emprego pela metade do tempo, além de ter jornadas de trabalho maiores, bem como a maioria dos acidentes de trabalho acontecem com essa categoria de trabalhador. Além de outros fatores que demonstram a disparidade de tratamento, a precarização dos postos de trabalho, resultando em supressão de direitos dos trabalhadores.

Revelando uma série de outros problemas relativos a terceirização, tais como aumento de preconceito nos postos de trabalho, dificuldade de negociações com os patrões, corruptos e maus pagadores aumentarem e saírem impunes, causar demissões e consequentemente aumentar a taxa de desemprego.

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Assim como no setor privado a Administração Pública também faz uso da terceirização, entretanto tal forma de contratação torna-se ainda mais restrito e regulado, devido aos próprios princípios e normas que regem o setor público. Apesar disso, em alguns pontos o serviço público guarda semelhanças com setor privado na utilização dessa ferramenta de contratação de pessoal.

O decreto 200/1967 autoriza a contratação de terceiros pela Administração Pública Federal em determinadas atividades, eis a redação:

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 desmedido 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.

Tal possibilidade visa gerar um ganho de eficiência na prestação do serviço público, pois ao contratar uma empresa para realizar determinadas tarefas os servidores voltam-se apenas para melhorar a atividade fim, como também evita o crescimento desmedido dos servidores públicos. Mas, a contratação só acontecerá se houver no mercado empresa privada capaz de realizar tal demanda.

No Brasil o art. 1º, §§ 1º e 2º do decreto nº 2.271/97, trás em quais serviços a Administração Pública Federal podem ser executados por terceiros, vejamos:

Art . 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

A terceirização deve ser utilizada como forma de alcançar os princípios que norteiam a Administração Pública, entre eles o princípio da eficiência e da economicidade, gerando o melhor aproveitamento das verbas, visando atingir a excelência na prestação do serviço.

2. TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

No Brasil a terceirização chegou por meio das empresas multinacionais do ramo automobilístico, por volta de 1950, a época a intenção das empresas já era focar suas atenções e investimentos na sua atividade-fim. A ideia sempre foi terceirizar o máximo possível, com isso até as peças dos automóveis são fabricadas por terceiros, neste caso a terceirização ocorre fora dos domínios da empresa, algumas fábricas terceirizam até a pintura, a fábricas apenas montam os veículos.

Durante o período da formulação da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) por volta de 1940, a terceirização não possuía essa amplitude atualmente vista, por isso a CLT regulamentou apenas duas normas de subcontratação de mão de obra, foram a empreitada e subempreitada no art. 455 e da pequena empreitada no art. 652, “a”, III.

A ausência de normas que regulamentem a terceirização, segundo o doutrinador Maurício Godinho Delgado,

(...) Isso se explica pela circunstância de o fato social da terceirização não ter tido, efetivamente, grande significação socioeconômica nos impulsos de industrialização experimentados pelo país nas distintas décadas que se seguiram à acentuação industrializante iniciada nos anos de 1930/40. (2015, p. 474).

Foi apenas no fim da década de 1960 que começaram a ser instituídas normas em relação a terceirização, entretanto durante este período se regulamentou apenas as contratação em âmbito da Administração Pública, com o já citado art. 10 do Decreto-Lei nº 200/1967 e com a Lei nº 5.645/1970.

No início da década de 1970 é que foram elaboradas a lei nº 6.019/74 tratando acerca do trabalho temporário, abrangendo também ao setor privado. Posteriormente a lei nº 7.102/83 autorizou a terceirização de vigilância bancária ser efetuada em caráter permanente.

Ao passar dos anos o fenômeno da terceirização foi ganhando cada vez mais espaço tanto no setor público quanto no privado, as empresas privadas passaram a utilizar-se dessa ferramenta em maior escala.

A partir da década de 1980 a justiça do trabalho começou a debater e instruir o tema, formando entendimentos consolidados. O Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 256 em 1986 versando sobre que a contratação ilegal de mão-de-obra geraria a formação do vínculo empregatício com tomador dos serviços, e a súmula 331 em 1993 fez uma revisão da súmula citada anteriormente elucidando dúvidas e atualizando-se do ponto de vista de evolução da terceirização e suas implicações na esfera pública e também na privada.

Atualmente o fenômeno terceirização é um tema relevante, suscitando discussões e debates em vários níveis, pois sua utilização está trazendo modificações no mercado de trabalho e no próprio ordenamento jurídico trabalhista. Fazendo com que em alguns pontos o próprio judiciário normatize as relações, realizando a função dos legisladores.

Faz-se necessário uma regulamentação específica e que abarque todas as especificidades da terceirização, com isso dará mais segurança não só aos milhares de trabalhadores brasileiros que são empregados terceirizados, mais também as empresas que os contratam, facilitando a identificação dos abusos e descumprimento de direito trabalhistas.

BASES LEGAIS QUE AUTORIZAM A TERCEIRIZAÇÃO

Apesar de serem deficitárias as normas regulamentadoras da Terceirização, ao longo dos anos surgiram leis, decretos e súmulas que se propuseram a enquadrá-la. Mesmo assim não conseguiram cercar e punir os que utilizam esse tipo de contratação de mão-de-obra de forma ilegal, prejudicando trabalhadores e desvirtuando o próprio conceito desse instituto.

Durante a elaboração da CLT, a terceirização não teve muita atenção, devido ser uma modalidade de contratação nova e pouco utilizada no Brasil, restando ser tipificada em apenas duas modalidades, sendo a empreitada e subempreitada no art. 455 e a pequena empreitada no art. 652, “a”, III. Posteriormente em 1994 foi editada a Lei nº 8.949 acrescentando um parágrafo único ao artigo 442 da CLT, vejamos:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Por volta de 20 (vinte) anos depois foi estabelecido o Decreto-lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70, mas tratavam apenas da administração direta e indireta de todos os entes públicos. Deixando excluído de regulamentação o setor privado.

Posteriormente surgiu a lei nº 6.019/74, abarcando também o setor privado, para regular o trabalho temporário, trazendo uma mudança significativa na concepção empregado-empregador até então utilizada.

Em seguida veio a lei nº 7.102/83, autorizando a contratação de empresa de vigilância no setor bancário. A Lei nº 8.863/94 alargou o campo de atuação permitindo a contratação para vigilância patrimonial de instituições públicas e privadas, bem como de pessoas físicas, além do transporte ou garantia de qualquer tipo de carga.

Tais leis propiciaram relevante mudança, ampliando o conceito e possibilidades de terceirização, fazendo surgir um novo ramo de atividade econômica que posteriormente tornou-se popular e diversificado, que é a prestação de serviço.

A lei do FGTS, nº 8.036/90, já buscou implementar no seu conceito a relação típica empregado-empregador, bem como a trilateral diferente da tradicional. Senão vejamos no Art. 15 § 1º:

Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se. (grifos nossos)

A Constituição Federal de 1988 reconhecidamente garantidora de direitos impôs limites a terceirização, mesmo sem regular tal processo, através do seu conjunto de normas e pelos princípios que norteiam o ordenamento jurídico pátrio, sempre buscando a igualdade entre o povo, praticando justiça social.

A lei 8.666/93, que trata das licitações e contratos, no seu art. 71, § 1º tratou de questões envolvendo a terceirização e trouxe muitas polêmicas em relação a responsabilização da administração pública na terceirização suscitando a Ação Direita de Constitucionalidade nº 16, tema a ser abordado no decorrer do trabalho.

Vejamos a redação:

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.

A lei nº 8.987/95 que dispõe sobre concessões e permissões da prestação de serviço público, também traz a possibilidade de terceirização no seu artigo 25, §§ 1º e 2º, autorizando a contratação de terceiros para desenvolver atividades e projetos associados, tendo seus contratos regidos pelo direito privado sem estabelecer relação jurídica entre o poder concedente e o terceiro.

No que tange a jurisprudência trabalhista, esta tem tido um papel fundamental na busca de garantir direitos dos trabalhadores, desde a década de 1970 vem discutindo e criando entendimento em relação a terceirização. As lacunas de legislação em relação ao tema forçaram o judiciário trabalhista intensificar seu ofício interpretativo nas suas decisões, buscando acompanhar a evolução das relações trabalhistas aqui existentes.

Já nos anos 1980 o Tribunal Superior do Trabalho editou súmula jurisprudencial nº 256, limitando o uso dessa ferramenta de contratação por empresa interposta. Tais entendimentos parecem que serviram de base na formulação das leis e decretos editados ao longo do tempo, orientando os legisladores na sua função essencial.

O decreto 2.271/97 disciplinou a contratação de serviço na Administração Pública Direta, nas autarquias e fundações, o art. 1º, § 1º estabelece o rol com as atividades que podem ser executadas por terceiros, são elas: atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

Ao passar dos anos a jurisprudência trabalhista continua inovando no ordenamento jurídico, preenchendo lacunas, atualizando-se, esclarecendo dúvidas, tentando garantir o fiel cumprimento de suas leis, normas e princípios.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROJETO DE LEI Nº 4.330/2004

O presente projeto dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes, tenta regulamentar a terceirização. Tramita na Câmara a quase 12 (doze) anos e desde 2011 é discutido entre os deputados e os representantes sindicais. Entre suas várias modificações a que causou mais polêmica foi a possibilidade de terceirização da atividade-fim, o que atualmente é proibido.

As modificações só não atingirão a administração pública direta, autarquias e fundações, essas continuarão apenas com as possibilidades que hoje são permitidas. Com isso empresas privadas e públicas, sociedades de economia mista, profissionais liberais e produtores rurais poderão utilizar-se dessa ferramenta de contratação.

Representantes dos trabalhadores e empresários possuem visões diferentes evidentemente, os primeiros afirmam que poderá ocorrer precarização do mercado de trabalho causando uma série de prejuízo aos trabalhadores enquanto os empresários acreditam que tais mudanças gerarão mais empregos e outros tantos saíram da informalidade.

Em relação à responsabilidade em eventuais demandas judiciais, a lei estabelece como sendo subsidiária, o tomador só poderá ser acionado judicialmente caso a contratada não cumpra com todas as obrigações previamente estabelecidas.

Outro ponto que vem causando bastantes debates e discussões, é a possibilidade das empresas públicas e sociedade de economia mista poderem contratar sem a realização de concurso público, o que para muitos viola os preceitos da Constituição Federal, tornando tal concepção inconstitucional.

O referido projeto de lei foi aprovado na Câmara dos deputados no dia 08 de abril de 2015 e foi encaminhando para votação no Senado.

Faz-se necessário regular a terceirização, entretanto esse tema é delicado e precisa ser amplamente discutido, buscando melhorar o que hoje é aplicado visando tanto garantir os direitos trabalhistas, bem como incentivar o crescimento econômico gerando qualidade de vida para todos os envolvidos.

PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE TERCEIRIZAÇÃO E CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Tais institutos são modalidades de contratação bem parecidas e por isso podem suscitar algumas dúvidas acerca de sua diferenciação e aplicação, portanto faz-se necessário conceitua-las para dirimir qualquer dúvida.

Primeiramente, a terceirização acontece quando o ente estatal contrata uma empresa privada para realizar determinadas atividades pré-estabelecidas, visando à melhoria do serviço público nas suas funções institucionais. Sendo tratada na lei 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública.

Na concessão o ente público delega a execução de determinado serviço público, executando-o em seu nome, sendo remunerado pelo usuário do serviço por meio do pagamento de tarifas, possuindo uma lei específica para tratar a matéria nº 8.987/1995.

Escrevendo sobre o tema, Maria Sylvia Di Pietro diz que:

A concessão tem por objeto um serviço público; não uma determinada atividade ligada ao serviço público, mas todo o complexo de atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público, envolvendo a gestão e a execução material. (...) A Administração transfere o serviço em seu todo, estabelecendo as condições em que quer que ele seja desempenhado; a concessionária é que vai ter a alternativa de terceirizar ou não determinadas atividades materiais ligadas ao objeto da concessão. A locação de serviços tem por objeto determinada atividade que não é atribuída ao Estado como serviço público e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar da atividade-fim, que é o serviço público. (2005, p. 239).

O conceito apresentado pela autora é bastante claro, no que tange a diferenciação dos dois institutos, ao contrário da terceirização em que se transfere apenas a execução de determinada atividade dentro do serviço público, a concessão é transferida a execução de todo o serviço incluindo todos os detalhes desde a gestão até a execução material.

Vale salientar que as concessionárias ou permissionárias de serviço público podem terceirizar seus serviços como disposto no art. 25, §§ 1º e 2º da lei nº 8.987/1995.

Vejamos a redação:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

Ainda existem algumas particularidades entre os dois institutos, para o poder concedente intervir na concessão deverá seguir as normas estabelecidas nos artigos 32 a 34 da lei nº 8.987/1995, enquanto na terceirização o poder público ao rescindir o contrato de acordo com o previsto no art. 80 da lei 8.666/93, terá como consequências: a assunção imediata do objeto do contrato; ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade; execução da garantia contratual; retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

3. A RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO

É dever da Administração Pública fiscalizar a execução dos contratos por ela firmados, como indica o art. 58, III, devendo tal fiscalização ser realizada de acordo com o estabelecido no art. 67, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.666/93:

Art. 67 - A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Tal atribuição é de grande importância, tendo em vista que a efetiva e correta fiscalização poderá livrar a Administração de condenações por verbas não pagas pela empresa terceirizada que presta o serviço, as funções do servidor responsável varia de acordo com o tipo de contrato.

Ademais, é necessário que o contrato seja executado dentro do seu prazo e especificações contratadas, observando e cumprindo fielmente o contrato, tudo isso em virtude de um dos princípios basilares do direito administrativo que é a supremacia do interesse público sobre o privado.

Vale ressaltar ainda mais a importância da real fiscalização do contrato, para se eximir de ser responsabilizada em eventuais demandas judiciais terá que provar que fiscalizou devidamente.

Como podemos observar na ementa de uma decisão do TST. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AFASTADA EM FACE DO MERO CONTRATO DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE AVERIGUAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. ÔNUS DO CONTRATANTE ESTATAL DE PROVAR A FISCALIZAÇÃO.

Caso em que, não obstante o Tribunal Regional tenha aduzido que o autor sequer mencionou na petição inicial que "o Tomador de Serviços não fiscalizava a atuação da real empregadora", a sentença que reconheceu a responsabilidade subsidiária foi reformada tão somente porque "regular a contratação civil, nos termos da Lei 8.666/93, precedida de licitação". Ocorre que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode (e não pode deixar de) ser atribuída ao Ente Público quando evidenciada a sua conduta culposa na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora. É certo que tal responsabilidade não decorre do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada e do benefício do labor do empregado, mas também não se exclui pelo simples fato da regularidade da contratação administrativa nos termos da Lei 8.666/93. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 13.901 AgR/SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 12/4/2013, registrou que: "Como o controle da regularidade da execução dos contratos firmados com a administração deve ser feito por dever de ofício, é densa a fundamentação do acórdão-reclamado ao atribuir ao Estado o dever de provar não ter agido com tolerância ou desídia incompatíveis com o respeito ao erário"(Grifamos e destacamos). Dessa forma, há que ser evidenciada a existência ou ausência da conduta culposa do ente público contratante pelo descumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços realizado, ônus da prova que ao ente estatal se atribui. Entretanto, afastada a tese do acórdão regional de que a mera contratação por licitação exclui a responsabilidade subsidiária e aberta a cognição, verifica-se que a sentença reconheceu a responsabilidade subsidiária de ente público sob o fundamento de que "... restou comprovada a culpa no dever de fiscalizar a execução do contrato por parte da Administração Pública, que não respeitou o quanto determinado no ... art. 67 da Lei nº 8.666/93, tanto assim que sequer cuidou de controlar o pagamento dos haveres trabalhistas pela empresa tomadora" (fls. 446/448). Contudo, nas razões do seu recurso ordinário o ente público alega que é dono da obra em razão de contrato de empreitada com a empresa prestadora de serviços empregadora do reclamante (fls. 468/480). Aduz que "sempre procedeu a regular e transparente fiscalização das empresas contratadas, afastando, desse modo, a responsabilização pela culpa 'in vigilando' ou 'in eligendo'", fl. 488. Ao excluir a responsabilidade subsidiária do contratante público, julgando improcedente a reclamação trabalhista contra a EMBASA, o Tribunal Regional considerou prejudicados os demais aspectos tratados no recurso ordinário da sociedade de economia mista. Há, portanto, que se determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que, afastada a tese de que a mera regularidade da contratação por meio de licitação exclui a responsabilidade subsidiária, prossiga no exame das questões trazidas e não examinadas no recurso ordinário do contratante público, notadamente quanto ao dever deste de provar a fiscalização do contrato de trabalho do reclamante com a empresa prestadora contratada. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e provido.

(TST - RR: 13475220135050421, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 18/03/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/03/2015). (grifos nossos)

Nesse contexto é importante fazer a diferenciação entre gestor e fiscal do contrato, são funções diferentes mais que podem causar dúvidas. O gestor deverá ter um panorama geral de toda estrutura do contrato, podendo ser encarregado de gerir vários contratos, enquanto o fiscal é o servidor que está presente *in loco* observando e avaliando para que o contrato seja cumprido devidamente.

O autor Jessé Torres Pereira Júnior distingue perfeitamente as duas funções:

Então, o fiscal a que se refere o art. 67 da Lei nº 8.666/93 na nossa organização administrativa é o servidor que vai a campo, é o que está diariamente na obra, é o que está verificando como se executam os serviços de limpeza, conservação, manutenção ou vigilância; já o gestor está preocupado com outro nível de acompanhamento e exatamente por isso pode ser gestor de mais de um contrato porque tem que ter a visão do sistema – contratos que se reúnem por afinidade de objeto. Assim é possível ter 5, 6, 10 contratos de limpeza e conservação todos com o mesmo gestor, mas cada um deles com o seu fiscal, porque dificilmente um fiscal vai dar conta de acompanhar o dia-a-dia da execução de mais de dois contratos. (2007, p.198).

Tal classificação é clara na sua intenção de diferenciar o fiscal do gestor, exemplificando suas características primordiais, devendo ambos ter capacidade e conhecimento para desempenhar tais funções, para que não venham causar dano a Administração Pública e muito menos sejam responsabilizados por algum ilícito que ocorra durante a execução.

A Instrução Normativa nº 02/2008, trás no seu texto o passo-a-passo para realização do correto acompanhamento e fiscalização dos contratos, entre os que disciplinam o tema o art. 31 merece destaque:

Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercidos por um representante da Administração, especialmente designado na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93 e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97.

Parágrafo único. Além das disposições previstas neste capítulo, a fiscalização contratual dos serviços continuados deverá seguir o disposto no anexo IV desta IN.

Outros artigos completam as determinações presentes na referida IN, para que os servidores possam realizar tal função da melhor forma possível, buscando a satisfação da sociedade, cumprindo os princípios constitucionais atinentes, em especial neste caso o princípio da eficiência.

DESCUMPRENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Com a popularização do fenômeno terceirização, um ponto negativo também ganhou notoriedade, muitos empresários estão agindo de má-fé para enriquecer indevidamente. Montam uma empresa de fachada, participam das licitações colocando preços que não condizem com a realidade para ganhar. Recebem parcelas do contrato, não fazem os repasses necessários e obrigatórios por lei, lesando muitos trabalhadores.

Por outro lado a Administração Pública não tem muito a fazer, pois a documentação exigida para habilitar-se a participar e concorrer nas licitações não dá a possibilidade do agente público investigar e excluir as empresas que julgar inidônea. Com isso, a Administração pode vir a sofrer tanto com a interrupção do serviço, bem como sofrer sanções trabalhista sendo responsável pelos danos aos trabalhadores.

No dossiê Terceirização e Desenvolvimento: uma conta que não fecha. Realizado pela CUT em 2014 é citado alguns dos vários casos que a administração sofreu calote de empresas terceirizadas, dos quais é interessante cita alguns:

Um exemplo foi noticiado pelo Sindiserviços do Distrito Federal (DF), em maio de 2014. A empresa PH Serviços e Administração protagonizou um calote nos governos Federal e do DF e em mais de 7.400 trabalhadores. Segundo a entidade sindical, foi o maior calote já registrado pela entidade. Após o rompimento dos contratos de prestação de serviços com os órgãos públicos, a PH Serviços e Administração deixou de pagar salários, vale transporte e tíquete alimentação dos trabalhadores. (p. 21).

(...)

Outro caso emblemático no setor público ocorreu em agosto de 2013: as empresas Adminas Administração e Delta Empreendimentos receberam recursos federais - referentes a serviços prestados ao Banco do Brasil, Ministérios da Fazenda, da Justiça e da Integração - e não honraram o pagamento de salários de centenas de trabalhadores, 500 deles apenas na Adminas.

Essa situação é corriqueira. Frequentemente, o Estado contrata empresas sem capacidade financeira, que dependem do pagamento do contrato de prestação de serviços para pagar seus trabalhadores. Quando o Estado não realiza o pagamento, o terreno para o calote está dado: a empresa terceirizada, que não possui capital de giro suficiente, não consegue pagar os salários de seus trabalhadores. Mesmo o Estado sendo responsável pelo repasse de salários, quando a prestadora de serviço não cumpre as obrigações trabalhistas, os trabalhadores ficam “a ver navios”, pois o Estado também não cumpre com suas obrigações. (p. 22)

Com os exemplos dados é fácil observarmos que complicações e problemas podem e acontecem com certa frequência na terceirização. Desvirtuando suas ideias principais que entre outras é aumentar a eficiência do serviço público.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA EM DEMANDA JUDICIAL

Quanto à responsabilização da Administração Pública cabe salientar que comprovando que efetuou corretamente a fiscalização do contrato, de acordo com o estabelecido nas normas, não será responsabilizada pelo inadimplemento das verbas trabalhistas. Neste caso, para que o Estado seja punido é necessária a ocorrência de culpa “*in elegendo*” na escolha da empresa ganhadora da licitação e/ou culpa “*in vigilando*” na fiscalização da prestação do serviço.

A Constituição Federal em seu art. 37, § 6º, aponta que: 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.

Segundo o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ao contrário do que se passa com a responsabilidade do Estado por comportamentos comissivos, na responsabilidade por comportamentos omissivos a questão não se examina nem se decide pelo ângulo passivo da relação (a do lesado em sua esfera juridicamente protegida), mas pelo polo ativo da relação. E dizer: são os caracteres da omissão estatal que indicarão se há ou não responsabilidade.

Não se pode, portanto, enfocar todo o problema da responsabilidade do Estado por comportamentos unilaterais a partir da situação do lesado, ou seja, daquele que sofreu um “dano injusto”. E que, tratando-se de responsabilidade por comportamento estatal omissivo, o dano não é obra do Estado. Por isso cabe responsabilizá-lo se o seu comportamento omissivo era censurado pelo Direito. Fora daí, quando couber, a responsabilidade será de outrem: do próprio agente do dano.

A responsabilidade estatal repontara apenas, consoante reiteradamente vimos afirmando, se o Estado não agiu para impedir o dano, embora estivesse juridicamente obrigado a obstá-lo, ou se, tendo agido, atuou insuficientemente, portanto, abaixo dos padrões a que estava, de direito, compelido. (2013, p. 1032).

A lei de licitações e contratos (nº 8.666/93) no seu art. 71 buscou eximir a administração pública de qualquer responsabilidade em caso de inadimplência em relação às dívidas tanto trabalhista como de outra natureza, fato que gerou discórdia, vindo a ser proposta Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 para analisar a constitucionalidade do referido artigo.

Tendo o STF entendido:

que o inadimplemento do contratado pelo Poder Público, em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade **incondicional** por seu pagamento. Somente quando evidenciada 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, é que se pode falar em sua responsabilidade subsidiária. (Cláudia Gaspar Pompeo Marinho).

De acordo com o entendimento de LEAL, Ana Paula Toledo de Souza, no livro Temas Atuais do Direito Processual do Trabalho, da editora Juspodvim (2014) fala o seguinte: “A atitude omissa da Entidade Pública tomadora, em não fiscalizar o contrato, atrai para si a responsabilidade subsidiária pelo não cumprimento da obrigação trabalhista por parte do prestador do serviço”.

E continua:

Esse entendimento, dado pela ADC nº 16, vislumbra que a responsabilidade subjetiva da Administração Pública só será discutida quando houver culpa in vigilando, ou seja, se o relevante ato omissivo do Ente Público for efetivamente comprovado nos autos.

Diante do exposto fica evidente que a Administração Pública agiu culposamente permitindo dessa forma o descumprimento do contrato, o não inadimplemento das verbas trabalhista, poderá figurar como ré em demandas judiciais.

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Com citadas outras vezes neste trabalho, o judiciário vem desempenhando um papel importantíssimo neste tema, com a falta de legislação específica que abranja todas as peculiaridades do fenômeno terceirização, a jurisprudência tem em seus entendimentos o norte para garantir o cumprimento da lei, buscando fazer justiça.

Ao longo dos anos os Tribunais sumulam seus entendimentos e constantemente revisam e atualizam, seja por iniciativa própria ou por ações visando tal fim. O exemplo mais recente foi a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que buscou e conseguiu declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93.

Ementa da decisão:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

(STF - ADC: 16 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01PP-00001).

O resultado da ADC nº 16, fez com que o TST modifica-se o texto da súmula 331 no inciso IV e são incluídos os incisos V e VI, através da Resolução nº 174/11, com as modificações o texto ficou da seguinte forma:

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, 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. (DEJT 27.05.2011).

Apesar da decisão declarando a constitucionalidade no art. 71 da lei de licitações e contratos, bem como da modificação da súmula 331 do TST, enquadrando seu texto a decisão proferida pelo STF a Administração Pública continua sendo condenada subsidiariamente com a mesma frequência, utiliza-se como fundamento a culpa *in vigilando* mesmo que em vários casos se comprove que o contrato foi fiscalizado nos padrões legais.

Vejamos alguns exemplos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO

COMPROVADA. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, II, 37, II, E 114, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 71, § 1º, DA LEI 8.666/93, E DE CONTRARIEDADE À OJ 191, DA SBDI-1, DO C. TST, NÃO CONFIGURADAS. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A SÚMULA 331, V, DO C. TST. ÓBICE DO ARTIGO 896, § 7º, DA CLT E DA SÚMULA 333, DO C. TST. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC n.º 16, declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, Lei 8.666/93, concluindo que a mera inadimplência do prestador de serviços vencedor do procedimento licitatório não tem o condão de transferir à Administração Pública a responsabilidade pelos encargos decorrentes do pacto laboral. Contudo, não é menos certo que o Pretório Excelso também firmou entendimento no sentido de que a constitucionalidade do dispositivo legal supracitado não implica a total ausência de responsabilidade da Administração Pública diante de eventual omissão quanto à obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, competindo a esta Justiça Especializada considerar cada caso concreto, a fim de não proceder à genérica responsabilização subsidiária do ente público. Por consequência, é possível responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública em virtude da conduta omissiva adotada, o que não pode ser relegado à preterição por esta Justiça Especializada, sob pena de violação ao contido nos artigos 1º, inciso III e 6º da Carta Magna, sem perder de vista que o trabalho foi alçado à condição de direito social indisponível. A questão relacionada à efetiva culpa da agravante pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas, ante a falta de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado com a tomadora de serviços, reside no âmbito das provas e fatos do processo, situado sob o soberano domínio da instância a quo e de impossível revolvimento em sede de recurso de revista, na conformidade da Súmula 126, desde C. TST. A r. decisão regional está em sintonia com o entendimento cristalizado na Súmula 331, item V, desta C. Corte, circunstância que inviabiliza o processamento do recurso de revista, ante o óbice do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula 333, do C. TST, inclusive com base em dissenso pretoriano. Incólumes, pois, os artigos 5º, II, 37, II, e 114, da Constituição Federal e 71, § 1º, da Lei 8.666/93, e a OJ 191, da SBDI-1, do C. TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST - AIRR: 1256220135210014 Data de Julgamento: 11/11/2015, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CRÉDITOS TRABALHISTAS DEVIDOS NA VIGÊNCIA DO CONTRATO. CONFIGURAÇÃO. ADC Nº 16/DF. CABIMENTO. CULPA IN VIGILANDO. Embora a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 tenha sido declarada em definitivo pela Excelsa Corte Suprema no julgamento proferido na ADC nº 16/DF, não há óbice para a condenação subsidiária de entidades da Administração Indireta nas situações em que configurada a omissão no regular acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos de terceirização celebrados, particularmente em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas (legais e contratuais) por parte das empresas contratadas (Súmula 331, V, do col. TST). Constatada pela Corte de origem a culpa in vigilando da Administração, em face da insuficiência de sua ação preventiva, legítima se revela a condenação. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TST - AIRR: 2612005120085020361, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 03/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/09/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RESERVA DE PLENÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA -IN VIGILANDO- DETECTADA PELO REGIONAL. EXTENSÃO. DESPACHO MANTIDO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. A despeito das razões expostas pela parte agravante, merece ser mantido o despacho que negou seguimento ao Recurso de Revista, pois subsistentes os seus fundamentos. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido.

(TST - AIRR: 13849020115100007 1384-90.2011.5.10.0007, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 22/05/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013).

Os exemplos são inúmeros, todos se revestem da intenção de garantir ao trabalhador o recebimento de todas as verbas devidas, garantindo o cumprimento dos princípios do direito do trabalho e os princípios constitucionais, dando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao direito constitucional e os princípios da proteção e da aplicação da norma mais favorável aplicáveis ao direito do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução das relações de emprego e trabalho trouxe novos desafios aos operadores do direito, com a incompetência dos legisladores em legislar com eficiência e em tempo razoável, o judiciário tem a incumbência de resolver conflitos e para isso acaba inovando no ordenamento jurídico, buscando preencher as lacunas existentes através de suas decisões.

A doutrina não é unânime quando versam sobre o tema, mesmo depois do STF ter se posicionado e pacificado o entendimento em sede de julgamento de ação declaratória de constitucionalidade (ADC nº 16) em que a administração responde subsidiariamente quando restar comprovada a omissão na fiscalização da prestação do serviço e no cumprimento das normas de direito do trabalho.

Respalhando juntamente com os incisos V e VI da súmula 331 do TST, as condenações da Administração Pública em demandas judiciais.

Por ser um tema delicado, as tentativas de regulamentação geram grandes discussões e debates, criando conflitos entre a classe empresária, trabalhadora e política. O que é necessário para que futuras leis sejam justas e eficazes.

A sociedade civil ao tomar conhecimento da possível aprovação do Projeto de Lei 4.330/04, dos futuros desdobramentos que podem acarretar ao serviço público da administração indireta no Brasil, manifestou-se majoritariamente de forma contrária a regulamentação nos moldes propostos, pois ao ampliar a abrangência a atividade-fim poderá gerar graves prejuízos aos direitos trabalhistas garantidores que possuímos, gerará a precarização do trabalho público, diminuição dos salários, prejudicando muito os empregados. A terceirização está presente na vida de milhares de trabalhadores direta e indiretamente, dia-a-dia tal fenômeno aumenta em tamanho e visibilidade, com isso é extremamente necessário que se tenha muita atenção, pois qualquer mudança atingirá uma parcela significativa da sociedade.

A Administração Pública faz uso dessa ferramenta de contratação visando melhorar a prestação de alguns dos seus serviços, descentralizando a máquina, focando suas atenções a atividade finalista em que é responsável, gerando assim um ganho de eficiência na prestação do seu serviço, aliada a utilização devida do erário.

Entretanto tal utilização traz uma série de desdobramentos que devem ser analisados com atenção para que a Administração não sofra com má execução ou até mesmo interrupções dos seus serviços.

Por estar em alta, o ramo de prestação de serviços atrai muitos empresários com a intenção apenas de aplicar golpes, ganham licitações sem ter a capacidade de arcar com sua realização, contratam mão-de-obra e não a remuneram corretamente, em jornadas de trabalho maiores que o permitido. É comum o caso de problemas e calotes por parte das empresas terceirizadas, recaindo sobre o tomador dos serviços a responsabilidade perante os funcionários. Faz-se necessário que o trabalhador seja protegido nesses casos, devendo ser reparados pelos danos sofridos.

Com isso as funções de gestor e fiscal de contratos ganham importância para o bom andamento da prestação do serviço e garantir que a administração não venha a ser penalizada no futuro.

Mesmo com todo o conjunto de princípios e normas que regem a Administração Pública, observa-se que atualmente, em regra geral, encontramos-nos orientados por uma súmula do TST que se atualizou depois de uma decisão do STF para responsabilizar a administração pública subsidiariamente.

Em casos em que a tomadora desses serviços é a Administração Pública e ocorre a falta da prestação das verbas trabalhistas, é correta sua responsabilização comprovada a falta de fiscalização, culpa *in vigilando*, devendo ser resguardado o direito de o cidadão receber corretamente pelo que trabalhou.

É indispensável que se proteja o trabalhador, sempre em desvantagem na relação contratual, independentemente de quem seja o tomador do serviço.

REFERÊNCIAS:

A responsabilidade contratual da Administração Pública após o julgamento da ADC 16 pelo STF. Cláudia Gaspar Pompeo Marinho. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-contratual-da-administracao-publica-apos-o-julgamento-da-adc-16-pelo-stf,35857.html>>. Em 15 de fevereiro de 2016 às 13:30.

CASTRO, de Rubens Ferreira. A terceirização no Direito do Trabalho. São Paulo, Malheiros, 2000.

Corporações de Ofício. Antonio Gasparetto Junior. <<http://www.infoescola.com/historia/corporacoes-de-oficio/>> em 03 de fevereiro de 2016 às 10:26.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o Direito do Trabalho. 7 ed., São Paulo, Atlas, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. Temas Atuais de Direito e Processo do Trabalho; capítulo: A responsabilidade da administração pública na terceirização. 1ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

NASCIMENTO FILHO, Adeildo Feliciano do. Terceirização: aspectos práticos e teóricos. 2001.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Gestão dos contratos administrativos. A figura do gestor contratual: perfil e atribuições típicas. Boletim de direito municipal, v. 23, n.3, p. 191-201, março, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. _____. Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TERCEIRIZAÇÃO de volta ao passado: o precariado já aponta o caminho. Carta Capital. N. 848, Editora Confiança. Ano XXI.

Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: / dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos / Secretaria. Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.