

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO OU DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

COIMBRA, D. N. R.¹; GEMELLI, D. A.²

¹Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA e Membro do GEDA E-mail: diogonicolau1@hotmail.com.

²Docente do curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA, Doutora em Direito Público, Coordenadora do grupo de estudos GEDA.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar a contratação mediante terceirização no âmbito da Administração Pública, bem como os aspectos legais e jurisprudenciais circundantes do tema. Analisou-se a Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST, a qual é disposta orientações das atividades que podem ser terceirizadas licitamente, bem como aquelas que geram a responsabilidade subsidiária do contratante caso o inadimplemento das verbas trabalhistas, enfatizando a responsabilidade da Administração Pública.

PALAVRAS CHAVE: administração pública; súmula n.º 331/TST; terceirização.

INTRODUÇÃO: O Estado Moderno tem como papel fundamental promover o bem estar da sociedade de maneira eficaz e eficiente. Com o intuito de realizar essa função de modo mais economicamente possível, o ente estatal passou recorrer à terceirização, a qual, de forma ampla, consiste na possibilidade de contratar empresa especializada para execução de serviços mediante seus empregados. Essa estratégia se mostrou plenamente eficaz, uma vez que reduz as despesas e tem aperfeiçoado a qualidade de produtos e serviços públicos. Entretanto, constatou-se que, muitas vezes, essas empresas não adimpliam as verbas trabalhistas de seus empregados, tampouco possuíam patrimônio suficiente para garanti-las. Pautado no princípio da proteção ao trabalhador, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou o Enunciado n.º 331, o qual tornava o tomador de serviço responsável subsidiariamente pelos encargos trabalhistas, caso a empresa contratada não os inadimplisse. No âmbito público, esse entendimento sofreu modificações, com vistas a adequar-se ao disposto no artigo n.º 8.666/93, não bastando apenas à inadimplência da contratada, mas a configuração da culpa *in eligendo* e *in vigilando* do gestor. Este trabalho objetiva analisar o estabelecimento da responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização refletido no Enunciado n.º 331 do TST, mormente à aplicação da supremacia do interesse público, meta princípio do direito administrativo e da dignidade da pessoa humana, como no caso em tela, o valor digno do trabalhador.

MATERIAL E MÉTODOS: Para a realização do trabalho, utilizou-se o método dedutivo, no qual “corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas” (BITTAR, 2013). Já a metodologia aplicada consiste na pesquisa qualitativa, pois se buscará a compreensão, conceituação e principais características acerca do tema mediante levantamento bibliográfico e jurisprudencial.

RESULTADOS E DISCUSSÃO: Inicialmente, é importante apresentar o entendimento doutrinário sobre terceirização, a qual trata-se de um “procedimento adotado pela empresa que transfere a outrem a execução de uma parcela de sua atividade permanente e esporádica, com a intenção de melhorar a sua competitividade, produtividade e capacidade lucrativa” (CAIRO JÚNIOR, 2014). A contratação de empresas especializadas para a realização de determinadas atividades tem se tornado comum no empresariado brasileiro. Essa estratégia, que no Brasil denomina-se terceirização, é muito estudada pela doutrina trabalhista, uma vez que a relação jurídica dela decorrente modifica fundamentalmente a relação empregatícia. É o que vislumbra (DELGADO, 2014) ao destacar que a terceirização consiste no “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”. Por outro lado, verifica-se que essa forma de contratação possibilita a transferência de

determinadas tarefas para empresas especializadas as execute, assim a empresa pode diminuir despesas e aumentar a qualidade dos seus produtos e serviços. A par disso, a Administração Pública tem buscado essa forma de contratação para melhorar a eficiência dos serviços prestados a sociedade com o menor custo possível. Isso ocorreu porque “o Estado aos poucos foi se afastando dos princípios do liberalismo, passando a considerar determinadas atividades que eram reservadas à ordem privada, além do mais, passou a ter uma função social e garantidora do bem estar social, ampliando suas tarefas para gerar o bem estar comum” (DI PIETRO, 2014). Outro aspecto relevante detectado é a percepção de que o Estado não dispunha de organização adequada dessas atividades, o que passou a delegar sua execução, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos, às entidades da Administração indireta e até mesmo particulares. Daí nasce a ideia de terceirização na Administração Pública. As primeiras referências legais da metodologia da terceirização começaram no segmento estatal. "Foi no âmbito da Administração Pública, que surgiram os primeiros diplomas legais tratando especialmente de atividades a serem terceirizadas, denominada, entretanto de descentralização administrativa" (DELGADO, 2014). A referência legal em comento é o Decreto-Lei n.º 200 de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, bem como da execução de suas atividades:

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

[...]

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

Conforme interpretação da referida norma, a administração estatal desobrigava-se da realização de tarefas executivas, instrumentais, recorrendo sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato (DELGADO, 2014). Assim, resta claro que certo conjunto de tarefas desenvolvidas pelos entes estatais poderia ser efetuado por meio de empresas especializadas em tais serviços, portanto, mediante terceirização. Posteriormente, a Lei n.º 5.645/1970 regulou as atividades que poderiam ser objeto da descentralização trabalhista, *in verbis*:

Art. 3º [...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Embora, tal artigo esteja revogado pela Lei n.º 9.527/1997, verifica-se que as atividades destinadas à terceirização pela Administração seriam aquelas de apoio, meramente instrumentais, também designadas de atividade-meio. Afinal, é esse mesmo entendimento da essência da terceirização, uma vez que é necessária a transferência de atividades acessórias, para uma melhor concentração em seu objeto principal. O processo terceirizante, aos poucos, era incorporado por essas leis e outras que se sucederam, entretanto, todas tratavam de determinada categoria profissional ou estabelecia apenas uma espécie de relação triangular. (DELGADO, 2014) nos dá como exemplo as normas, provenientes das privatizações das entidades estatais no Brasil, que tratavam de concessão de serviços públicos a terceiros como a Lei n.º 8.987/95, na área elétrica e a Lei n.º 9.472/97, na área da telefonia. A insurgência do fenômeno da terceirização, aliada com os avanços tecnológicos e industriais, não tardou a chegar aos tribunais com os primeiros conflitos em decorrência das relações trilaterais resultantes. As poucas legislações existentes tratavam apenas de categorias específicas e eram insuficientes para a solução desses dissídios. Assim, em 1993, a Súmula n.º 331 do TST foi publicada no Diário da Justiça da União de 21 de dezembro de 1993. A primeira versão da referida Súmula continha quatro itens, mais tarde a Resolução TST n.º 96 de 2000 deu nova redação ao seu inciso IV. Após, a Resolução TST n.º 174 de 2011 alterou novamente o quarto item e acrescentou os incisos V e VI, nos termos que evidencia-se na redação final:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

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

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

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 evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

A licitude da terceirização, como se percebe, é condicionada às hipóteses dispostas legalmente, bem como às permitidas, graças à construção jurisprudencial pátria, isso porque a terceirização é considerada figura excetiva, uma vez que a Consolidação das Leis Trabalhistas prima pela relação bilateral de emprego (art. 2º, CLT). Passa-se a analisar os itens referentes à Administração Pública. O item II dispõe da não existência da não relação de emprego do trabalhador terceirizado e as entidades da Administração Pública que contratam serviços de terceirização. Ele incorpora as hipóteses de terceirização pelo Decreto-Lei n.º 200/67 e a Lei n.º 5.645/70 no que concernem as atividades meramente executórias da Administração. No entanto, mesmo na hipótese de terceirização irregular, “não há como reconhecer a existência da relação diretamente com a administração pública, sob pena de ofensa ao preceito constitucional” (CAIRO JÚNIOR, 2014). O autor aduz acima que a súmula acolhe a vedação constitucional (art. 37, II, da Constituição Federal/88) de contratação de servidores sem a formalidade do concurso público. O trabalhador, nesse caso, não pode ser considerado servidor público porque é não investido licitamente no cargo, emprego ou função, nem mesmo se enquadram no art. 37, IX, da Constituição, que prevê a hipótese de contratação temporária, porque esse dispositivo permite que seja contratado o servidor, pessoa física, e não a empresa (DI PIETRO, 2014). Ademais, analisa-se o item V, o qual foi adicionado em 2011, em razão da adaptação à decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, na qual examinou a constitucionalidade do preceito expresso no §1º do art. 71 da Lei n.º 8.666/93, veja-se:

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.

Deste modo, enquanto o dispositivo legal afasta a transferência, para a administração pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, a referida súmula previa a possibilidade, em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador. Não obstante, o item V realiza a adequação da jurisprudência trabalhista à decisão do STF, pacificando que é considerada a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quando este for entidade da administração pública, porém somente quando “restar evidenciada a conduta culposa do Estado, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço” (CAIRO JÚNIOR, 2014). Registra-se que é dever do ente público vigiar o cumprimento pela empresa conveniada (vencedora do certame) das obrigações precitadas no contrato ao qual se firmou (BOUFLEUR, 2015). O não atendimento das disposições acima referidas conduz ao reconhecimento da culpa *in eligendo* e *in vigilando* e, conseqüentemente, à responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, fundiárias e previdenciárias. Acerca do enunciado, “não se pode a administração pública, por ineficiência fiscalizatória, se beneficiar da atividade dos empregados, em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados pela própria

Constituição, como fundamentos do Estado Democrático de Direito” (BARROS, 2009). Assim, verifica-se que, a Administração possui a obrigação de fiscalizar a execução, em sentido amplo, dos contratos, inclusive quanto ao cumprimento de leis trabalhistas, na forma da Lei n.º 8.666, arts. 58, III, e 67, uma vez que possui o papel de zelar pelo bem comum.

CONCLUSÃO: Por todo exposto, conclui-se que, o atual entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, refletido na Súmula n.º 331, visa a harmonizar os princípios da Supremacia do Interesse Público e da Dignidade da Pessoa Humana. Referente ao primeiro postulado, não pode a Administração ser responsável, de maneira irrestrita, pelas obrigações não cumpridas pela empresa contratada, sob pena de a própria terceirização desviar sua finalidade precípua - redução de despesas. Por outro lado, é preciso garantir a proteção digna ao trabalhador terceirizado, uma vez que as verbas devidas possui natureza alimentar. Assim, o Ente Público possui o dever de escolher o prestador de serviços mais eficaz, fiscalizá-lo, durante a execução do contrato, de modo a evitar o dano ao obreiro e preservar seus direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS:

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo LTr, 2005.

BITTAR, Eduardo. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOUFLEUR, Caroline de Pietro. A responsabilidade do ente público nas licitações frente à Súmula 331 do TST. In: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, n. 183, a. 11, ago 2015, p. 55 – 61.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 25 abr 2016.

_____. **Lei n.º 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 25 abr 2016.

_____. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 25 abr 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 331**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 25 abr 2016.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 9. ed. 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.