



Home Editora
A sua casa publicadora!

**RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PERANTE A TERCEIRIZAÇÃO**

*THE RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION IN
THE OUTSOURSED*

Rafael da Silva Braga¹

¹ Rafael da Silva Braga é graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos e pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO

O presente artigo objetiva demonstrar que a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/1993 não impede que a Administração Pública, como tomadora de serviços terceirizados, seja responsabilizada quando a prestadora de serviços inadimplir direitos trabalhistas devidos ao empregado. Por meio da revisão de normas, doutrinas e jurisprudências atuais do ordenamento jurídico brasileiro, estabeleceu-se a responsabilidade do ente estatal perante casos de terceirização lícita e ilícita. Dessa análise, verifica-se que a Administração Pública, como tomadora de serviços terceirizados, apenas será responsabilizada se houver culpa in vigilando e subsidiariamente. Conclui-se que a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/1993 não afasta a responsabilidade da Administração Pública, mas tão somente reforça a responsabilidade original da prestadora de serviços e o consequente direito de regresso daquela; daí a necessidade de enfatizar o poder-dever de o ente estatal fiscalizar esses contratos.

Palavras-chave:

Administração Pública. Terceirização. Responsabilidade. Culpa. Lei 8.666/1993.



Home Editora
A sua casa publicadora!

ABSTRACT

The present study aims to show that the constitutionality of article 71 of Law 8.666/1993 does not prevent the Public Administration, as borrower of outsourced services, to be liable when the service provider not comply with labor obligations of employees. Through the review of standards, current doctrines and jurisprudence of Brazilian law, established the concept of outsourcing and it's legal nature. From this analysis, it appears that the Public administration, as borrower of outsourced services shall only be liable if any fault "in vigilando" and alternative. It is concluded that the constitutionality of Article 71 of Law 8666/1993 does not remove the responsibility of the public administration, but only reinforces the original responsibility of the service and the consequent right of return.

Keywords:

Public Administration. Outsourcing. Responsibility. Guilt. Law 8.666/1993.

1 INTRODUÇÃO

A Súmula 331-TST denota a responsabilidade da Administração Pública perante o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador.

No entanto, o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, em um primeiro momento, parece afastar essa mesma responsabilidade da Administração Pública:

Destarte, o artigo supracitado seria inconstitucional? A Administração Pública responderia pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços? Quais os limites dessa responsabilidade? Para melhor compreender esses reflexos no âmbito estatal, inicialmente, faz-se necessária uma ponderação acerca da terceirização trabalhista.

2 EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERANTE A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

Para Sérgio Pinto Martins² não há dúvidas quanto à possibilidade de terceirização de serviços na esfera pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ reforça essa posição ao destacar que a terceirização na prestação de serviços é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública, haja vista o artigo 37, XXI, da Constituição de 1988, que prevê o processo licitatório, inclusive, como um meio legal de realizá-la.

Assim, a Administração Pública pode firmar contratos com particulares. No entanto, os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, serão de responsabilidade do empregador contratado, conforme dispõe o *caput* do

² MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 139.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 177-178.

artigo 71 da Lei n. 8.666/93. Ou seja, na relação trilateral característica da terceirização, o empregado firmará seu vínculo justralhista com o prestador de serviços, e não com a Administração Pública, não obstante os serviços serem prestados para esta.

A responsabilidade da Administração Pública, como tomadora de serviços será sempre subsidiária e dependerá de culpa, não formando o vínculo de emprego entre ela e o empregado, mesmo se a terceirização for ilícita. Nesse sentido a Súmula 331-TST dispõe que “a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional”. Essa não formação do vínculo de emprego entre eles se dá em razão do artigo 37, II e § 2º da CF/88, que exigiu a aprovação prévia em concurso público como requisito insuplantável para a investidura em cargo ou emprego público, sendo nulo o ato de admissão efetuado sem a observação dessa exigência⁴.

Assim, não havendo tal vínculo, o empregado teria direito a verbas trabalhistas? A jurisprudência não se pacificou nesse sentido, ensejando várias correntes a respeito. A primeira corrente defende que se não há vínculo, não deve ser paga qualquer verba ao trabalhador; já a segunda entende que apenas os salários devem ser pagos, pois o tomador não poderia enriquecer-se às custas do trabalhador; a terceira corrente entende que os salários e verbas rescisórias devem ser pagos⁵. Há também uma quarta corrente que defende a possibilidade de formação do vínculo jurídico com o ente estatal tomador de serviços, mas ela é minoritária, haja vista contrariar o artigo 37, II, CF/88. Na jurisprudência vem sendo mais aceita a corrente intermediária, segundo

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. Cit., p. 455.

⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Op. Cit., p. 142.

a qual não se forma o vínculo trabalhista entre o empregado e a Administração Pública, mas a ele devem ser asseguradas *todas as verbas trabalhistas* legais e aplicáveis ao empregado estatal direto que cumpra a mesma função no ente estatal tomador de serviços, ou a verbas específicas da função exercida, em observância ao princípio da isonomia. Nesse sentido é a OJ 383/SDI-1-TST:

OJ-SDI1-383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974.

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n.º 6.019, de 03.01.1974.⁶

No tocante à terceirização lícita, a ideia de isonomia remuneratória ainda tem sido minoritária na jurisprudência trabalhista. Segundo Delgado⁷, não se justifica essa resistência à aplicação do critério isonômico remuneratório mesmo para as situações de terceirização lícita, pois ela não pode ser tida como uma modalidade de contratação inferior à contratação empregatícia clássica.

⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 383/SDI-1. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html>. Acesso 08/04/2015.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 475.

Desse modo, tanto na terceirização lícita quanto na ilícita, em um primeiro plano, a prestadora responderá por tais verbas, cabendo à entidade estatal (tomadora), tão somente, a responsabilidade subsidiária, conforme entendimento consubstanciado na Súmula 331, IV do TST:

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 (grifo nosso).⁸

Essa subsidiariedade é uma espécie de benefício de ordem, onde, primeiramente executam-se os bens do devedor primário (prestador de serviços), não sendo encontrados ou se insuficiente para quitação da dívida, só então os bens do devedor subsidiário (tomador de serviços) serão executados⁹. Porém, para que haja a responsabilização do tomador, é necessário que ele seja incluído no polo passivo da ação trabalhista e que ocorra o trânsito em julgado da decisão¹⁰. Por óbvio, o tomador poderá ingressar com ação regressiva em face do prestador.

Ademais, essa mesma súmula, em seu inciso V, especifica a necessidade da conduta culposa por parte da Administração Pública e reforça que não basta a mera inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do prestador para configurar a automática responsabilidade daquela:

⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Loc. Cit.

⁹ SANTOS, Selma Oliveira Silva dos. A Responsabilidade Subsidiária do Ente Público na Terceirização de Serviços. *Revista Procuradoria-geral do Banco Central*. Brasília, v. 4, n. 1, junho 2010, p. 101.

¹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Op. Cit., p. 140.

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 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.¹¹

A culpa exigida para configurar a responsabilidade civil do ente estatal, decorrente dessa relação contratual, é a chamada culpa *in vigilando*, didaticamente definida por Marcos Ribeiro Salvino¹² ao compará-la com a culpa *in eligendo*:

Quando a Administração Pública celebra um contrato de prestação de serviços, fica investida no poder de fiscalizar o serviço. Com efeito, é dever de o tomador exigir uma prestação em caráter geral, permanente, regular e eficiente. E, para garantir a qualidade deste serviço, à Administração Pública é concedido o poder-dever de fiscalização sobre as empresas prestadoras de serviços, com amplos poderes de aferição de sua administração. A não-observância desse poder-dever ou, cumprindo-o, constatadas irregularidades sem tomar as providências devidas, caracteriza culpa *in vigilando*.

¹¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Loc. Cit

¹² SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. Terceirização de Serviços na Administração Pública e Responsabilidade Trabalhista. *Revista Novatio Iuris*, ano II, n. 3, julho de 2009, p. 141.

Da mesma forma, quando a Administração Pública contrata empresa prestadora de serviços sem idoneidade financeira capaz de adimplir os créditos trabalhistas dos empregados contratados, age com culpa *in eligendo*.

Destarte, o novo texto da Súmula 331, V, do TST adequa a jurisprudência trabalhista à decisão do STF quando à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, eliminando a ideia de responsabilidade objetiva e também de responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo*. A responsabilidade é subjetiva (contratual) e por culpa *in vigilando*, ou seja, deriva da omissão do dever fiscalizatório, e não diretamente do artigo 71 da Lei de Licitações, pois a *mens legis* deste não visa a eliminar a responsabilidade subsidiária da entidade estatal, mas sim resguardar a responsabilidade original do efetivo empregador terceirizante, deixando hígido o direito de regresso do tomador de serviços estatal.¹³

3 CONCLUSÃO

Havendo o inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela empresa regularmente contratada, a Administração Pública *poderá* ser responsabilizada, desde que esta tenha incorrido em culpa *in vigilando*. Nesse sentido, o artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, ao prever que “... não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento...”, não está afastando a responsabilidade subsidiária do ente estatal, mas tão somente reforçando a responsabilidade original da prestadora de serviços e o consequente direito de regresso daquela, uma vez que não havendo a culpa, não há que se falar em responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Esse entendimento foi consolidado no ano de 2010, quando o STF julgou a Ação Declaratória de

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 470.

Constitucionalidade nº 16, asseverando que o art. 71 da Lei de Licitações é constitucional e que a presença da culpa é indispensável para responsabilizar o ente estatal tomador de serviços.

Desse modo, deve-se reforçar o poder-dever de fiscalização da Administração Pública quanto ao cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço. Pois, se caracterizada a culpa *in vigilando* por parte da Administração Pública, ela será responsabilizada, sem qualquer afronta ao artigo 71 da 8.666/1993 (Lei de Licitações).

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. A responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações de serviços fundadas no Enunciado 331, IV, do TST. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v.6, n.66, maio, 2007, p. 26-31.

COLEPRECOR. *Presidentes e Corregedores dos TRTs se manifestam contrários ao PL da Terceirização*. Disponível em:

<<https://coleprecor.wordpress.com/2013/09/11/presidentes-e-corregedores-dos-trts-se-manifestam-contrarios-ao-pl-da-terceirizacao/>>. Acesso em 04/04/2015.

CREUZ E CRUZ, Luís Rodolfo; ANDRÉ FILHO, Pedro Felício.

Responsabilidade Civil da Administração Pública. *Revista IOB de Direito Administrativo*, ano I, n. 10, outubro de 2006, p. 101-110.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAIOR SOUTO, Jorge Luiz. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. *Revista do Direito Trabalhista*, v.12, n.9, set., 2006, p. 4-12.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PASSARINHO, Nathalia. *Câmara aprova texto principal de projeto que regulamenta terceirização*. Disponível em: <
<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/04/camara-aprova-texto-principal-de-projeto-que-regulamenta-terceirizacao.html>>. Acesso em 04/04/2015.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. Terceirização de Serviços na Administração Pública e Responsabilidade Trabalhista. *Revista Novatio Iuris*, ano II, n. 3, julho de 2009, p. 119-146.