



# RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO

QUEIROZ, Jucimara Lopes <sup>1</sup>

SANTOS Jr, Jorge <sup>2</sup>

Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva – FAIT.

## RESUMO

O enfoque do presente estudo é analisar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Este artigo estuda a terceirização restrita ao âmbito do serviço público, buscando enfoque na possível divergência entre a lei de Licitações e Contratos e a Súmula nº. 331 do TST, bem como, buscando ainda ressaltar a importância da Administração Pública em fazer uso e fiscalizar corretamente os instrumentos da terceirização, sem que assim venha ser passível de ilegalidades. Portanto, conclui-se que não há divergência entre as normas citadas e, por fim, questiona a dignidade da pessoa humana no âmbito da terceirização e a eterna busca do mínimo essencial.

**Palavras-chave:** Terceirização, Administração Pública, Responsabilidade Subsidiária.

## ABSTRACT

The focus of this study is to analyze the joint liability of Public Administration. This paper studies the outsourcing restricted the scope of the public service, seeking to focus on the possible divergence between the law of Tenders and Contracts and Precedent. 331 of the TST, and also seeking to emphasize the importance of Public Administration to use and properly supervise the instruments of outsourcing without so will be liable to illegalities. Therefore, it is concluded that there is no divergence between the aforementioned rules and, finally, questions the human dignity within the framework of outsourcing and the eternal pursuit of the essential minimum.

**Keywords:** Outsourcing, Public Administration, Subsidiary Liability.

## 1. INTRODUÇÃO

No atual momento vivido pelo país, nos é apresentada grande diversidade, no que se refere às contratações e relações trabalhistas. A crise envolvendo o mundo

---

<sup>1</sup> Aluna do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva – FAIT.

<sup>2</sup> Graduado em Direito- ITE; Especialista em Educação- Escola de Comércio Álvares Penteado; Professor do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva –FAIT; Advogado.



do trabalho, o século XIX trouxe novas formas de relações trabalhistas. A terceirização surgiu a partir da segunda metade do século XX. Servindo para definir a intermediação de um terceiro na relação de prestação de serviços, com a função de regular a relação tomador e trabalhador na terceirização. No Brasil, a terceirização ocorre tanto entre empresas privadas quanto públicas. Surgindo assim, uma preocupação, que vem sendo discutidas desde meados do século passado, com a tendência a terceirizar no Setor Público, com o Decreto-lei n. 200/1967 e a Lei 5.645/70. Que decorreu de uma tentativa de proteger a administração pública e “impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa” (Decreto-lei n. 200/1967), o Estado, ao terceirizar suas atividades secundárias, vem deixando-as nas mãos do particular, torna-se mais eficiente, para desempenhar suas atividades fins com maior primor. Todavia, à excessiva exploração da mão de obra decorrente da terceirização pelo setor privado (indústria e comércio) que gerou maior controle da prática. De acordo com os preceitos que serão apresentados ao longo do artigo, a terceirização na Administração Pública pode e vem sendo realizada como forma plenamente lícita de contratação de terceiros.

Este artigo objetiva estudar a terceirização restrita ao âmbito do serviço público. Especificamente, com foco na responsabilidade subsidiária dos Órgãos públicos nos contratos de terceirização.

## **2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA**

Responsabilidade subsidiária é o que vem em reforço de, ou em substituição de. Para Martins (2011, p. 137), é uma espécie de ordem; não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (empresa tomadora dos serviços).

A responsabilidade subsidiária ainda não tem sua aplicabilidade respaldada em lei, sua orientação é decorrente do inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (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.

Portanto, a responsabilidade das empresas contratantes em relação aos empregados das terceirizadas e sobre o direito do empregado encontra respaldo na aplicabilidade da Súmula 331 do TST, que considera para fins de responsabilização da contratante a chamada culpa *in elegendo* e culpa *in vigilando*, que se trata de, quem contrata deve escolher com prudência a empresa prestadora de serviços sendo sua obrigação vigiar o serviço contratado. É caracterizada, no caso de não pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado terceirizado. Isso vem a configurar a culpa *in elegendo* e *in vigilando* da tomadora dos serviços, uma vez que não faz uma análise adequada da empresa inidônea financeiramente e por não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas.

A responsabilidade subsidiária ocorre pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, desde que tenha participado da relação processual e já tenha havido o trânsito em julgado da decisão.

A discussão surgiu acerca do aparente conflito do disposto no artigo 71, § 1º da Lei de Licitações e Contratos Públicos e o texto do Sumula 331, do Tribunal Superior do Trabalho. A seguir, segue alguns artigos da Lei de Licitações e Contratos (1º, 54 e 71) e a Súmula 331.

### **3. POSSÍVEL DIVERGÊNCIA ENTRE A LEI N. 8.666 E A SÚMULA 331**

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

(...) Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (...)



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

§ 2º. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31, da Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991.

**Enunciado 331** - Revisão da Súmula 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 - Alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - **Mantida** - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

### **3.1. Contrato de Prestação de Serviços**

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso do trabalho temporário (Lei nº. 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); Revisão do Enunciado nº. 256– TST.

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº. 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador implica responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)"

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidência 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.

Pode-se falar que a responsabilidade subsidiária dos entes públicos decorre de texto legal, de lei no mesmo nível hierárquico da Lei 8.666/93. A Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, é aplicada a todas as relações entre empregado e empregador. Também, não é novidade que a valorização do trabalho é fundamento essencial da República Federativa do Brasil, por força do artigo 1º, inciso IV, da CF/88 a qual também tem como escopo assegurar uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, buscando assim, assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social, com fulcro no artigo 170 da Constituição Federal.

Assim, com este entendimento não haveria conflito de hierarquia entre o contido no § 1º, do artigo 71 da Lei de Licitações e a Súmulas n. 331 do TST.

Nota-se isto nos artigos 8º e 9º da CLT, que dispõem:

“Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, e acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

“Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Portanto, a responsabilização subsidiária dos órgãos da Administração Pública, pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas perante os empregados da



contratada, não encontraria obstáculo com base na Lei de Licitações. Cabe lembrar, que a lei de Licitações e Contratos não regulamenta as relações entre as empresas contratadas e os empregados desta, mas, sim disciplina exclusivamente o contrato estabelecido entre a administração licitante e o prestador de serviços. A Administração Pública tem a obrigação de observar os princípios da legalidade, impessoalidade e da moralidade previstos no artigo 37, da Constituição Federal.

Entende-se que os entes públicos, ao agirem, não podem provocar lesão ao empregado que não tenha recebido os créditos trabalhistas. É fato que o primeiro requisito para fornecer ao Estado é o "menor preço".

Quem oferece o preço mais baixo para a execução de obra ou serviço e cumpre outros eventuais requisitos vence a concorrência.

Logo, a Administração Pública não pode agir como um agente privado relapso que busca sempre o maior ganho. O Estado deve agir com boa-fé, zelando para que prevaleça a moralidade administrativa (OLIVEIRA, 2012). O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal dispõe que a pessoa jurídica de direito público responderá pelos danos causados a terceiros.

Oliveira entende que o artigo 71 da Lei de Licitações não afronta às normas constitucionais previstas nos artigos 1ª, 6º, 7ª, 37, § 6ª e 170 da CF/88. Segundo o autor:

Na nossa forma de compreensão, o § 1º, do artigo 71 da Lei de Licitações deixa claro que a Administração Pública buscará o ressarcimento pelo prejuízo causado com o inadimplemento, pelo vencedor do certame para a aquisição de obras e de serviços, das obrigações trabalhistas e fiscais não honradas e satisfeitas pelo Estado. É a única interpretação possível diante de todos os dispositivos citados, da interpretação da Lei 8.666/93 com as disposições da CLT. (OLIVEIRA, 2012).

No caso em análise, conclui-se não haver conflito entre o artigo 71, § 1ª, da Lei 8.666/93 e a Súmula n. 331 do TST, porque o entendimento jurisprudencial apenas cristaliza a interpretação das normas.



#### 4. FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS

Cabe ressaltar as características da administrativa que possibilitam uma releitura da terceirização. A Administração Pública tem a obrigação de fazer uso correto desse instituto sem incorrer em ilegalidades e posterior responsabilidade como já foi exposto. De acordo com Cunha (2011):

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 considerou no mérito que a inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade (p. 135).

Cabendo a Administração Pública observar elementos essenciais no sentido de viabilizar e adequar aos preceitos legais suas contratações de mão de obra pela terceirização, sendo eles:

1. Controle do certame licitatório formulado para contratação administrativa (terceirização), sendo de total responsabilidade da Administração a qual deverá cuidar pela melhor contratação possível em termos de habilitação jurídica, e as demais cautelas necessárias, sobretudo, no art. 31 da Lei n. 8.666/93;

2. Controlar a execução contratual, em caráter fiscalizatório (vide art. 67 da Lei n. 8.666/93), na busca do cumprimento dos termos ajustados e na satisfação total do contrato e de todas as parcelas acessórias.

Os enfoques elencados acima representam os elementos da conduta administrativa em decorrência da terceirização de serviço: a culpa *in elegendo* e culpa *in vigilando*. A culpa *in elegendo* se relaciona com a forma de escolha do fornecedor de mão de obra terceirizada. Nesse aspecto, deverá tomar à





Administração Pública a máxima prudência na escolha correta do contratado com base nos institutos legais dispostos na Lei de Licitações e Contratos.

O administrador público deve ter cautela e prudência para fazer a melhor escolha do fornecedor apto a honrar com a prestação pretendida sem descuidar das implicações jurídicas econômicas dela provenientes. A figura da culpa *in vigilando* recai sobre a contratação propriamente dita, é a quebra do dever legal de vigilância que reside na efetiva da fiscalização contratual assumindo, assim, papel de destaque na ação administrativa.

É no momento da fiscalização contratual que eventuais omissões devem ser evitadas a fim de que seja efetivo o cumprimento do contrato e afastadas futuras responsabilizações. Deve-se destacar que:

“...a gestão de contratos é um serviço geral de administração dos instrumentos contratuais, a fiscalização remete-se à atividade mais pontual e especializada, para cujo desempenho é indispensável que a Administração Pública designe formalmente um agente, com conhecimento técnico suficiente. Tal agente - fiscal - , com o auxílio das normas pertinentes à contratação, deverá desempenhar minuciosa conferência qualitativa e quantitativa dos serviços contratos objeto do contrato, bem como fiscalizar o pagamento dos encargos trabalhistas e seus consectários, em relação aos funcionários da contratada, evitando futuras condenações da Administração pública com base na responsabilidade solidária/subsidiária (CUNHA, 2011, p. 137).”

Portanto, ao fiscal do contrato caberá uma atuação minuciosa e especializada no tocante à verificação e constatação do efetivo pagamento das verbas trabalhistas, por isso, a necessidade de que esse fiscal possua conhecimento técnico na área. Assim, evidencia Cunha (2011) que possa haver uma pluralidade de fiscais, cada qual será responsável por uma área específica de atuação no contrato, exemplificando, um fiscal para a fiscalização da execução da mão de obra contratada e outro para as decorrências jurídico-laborais da contratação.

Portanto, é cediço que a fiscalização contratual representa instrumento de interesse do Estado, para que, assim, possa ser garantido o correto exercício da atividade administrativa com foco no que diz respeito à responsabilidade subsidiária





da Administração Pública, que deve sempre resguardar o exercício da primazia do interesse público à contratação administrativa. Para evitar sua responsabilização subsidiária, cabe à Administração a implantação de mecanismos fiscalizatórios que lhes permitam acompanhar o regular os cumprimentos contratuais.

## **5. DA POLÊMICA DECORRENTE DO PROJETO DE LEI 4.330/2004**

O Projeto de Lei visa regulamentar o contrato de prestação de serviço á terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes, ou seja, regulamentar a terceirização. O Projeto trás muitas polêmicas, vem, sofrendo modificações desde que foi apresentado à Câmara dos Deputados, pelo Deputado Sandro Mabel.

Há mais 10 anos em análise na Câmara dos Deputados, no ultimo dia 27 de abril o polêmico projeto chegou a Senado com mais de 200 emendas.

O atual presidente Renan Calheiros, anunciou que fará sessão temática sobre o projeto e disse que não aceitará votação apressada nem “pedalada contra o trabalhador”. Síntese do P.L 4.330/2004, “Extraído do Jornal do Senado”.

**“Terceirização:** As empresas podem contratar trabalhadores terceirizados em qualquer ramo de atividade para execução de qualquer tarefa, seja em atividade-fim ou em atividade-meio. Atualmente, a terceirização é permitida somente em atividades de suporte, como limpeza, segurança e conservação, nos termos da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

**Responsabilidade solidária:** A fornecedora de mão de obra terceirizada e a empresa contratante têm responsabilidade solidária nas obrigações trabalhistas. Assim, ambas podem responder judicialmente por direitos trabalhistas não honrados.

**Fiscalização:** A contratante tem obrigação de fiscalizar se a contratada está em dia com salário, férias, vale transporte, FGTS e outros direitos trabalhistas.

**Sindicalização:** Quando a terceirização for entre empresas que pertençam à mesma categoria econômica, os empregados da



contratada serão representados pelo mesmo sindicato que representa os empregados da contratante. Por meio de emenda, foi retirada do texto a necessidade de observar os respectivos acordos e convenções coletivas de trabalho.

**Direitos:** Os trabalhadores terceirizados têm direito às mesmas condições oferecidas aos empregados da contratante: alimentação em refeitórios, serviços de transporte, atendimento médico ou ambulatorial, cursos e treinamento, quando necessários.

**Subcontratação:** A empresa que fornece mão de obra terceirizada pode subcontratar trabalhadores de outra empresa em casos de serviços técnicos altamente especializados e se houver previsão contratual.

**Deficientes:** As empresas terão que contabilizar todos os empregados diretos e terceirizados para calcular a cota de funcionários com deficiência a serem contratados, que hoje varia de 2% a 5%.

**Previdência:** As fornecedoras de mão de obra pagarão alíquota de 11% sobre a receita bruta para a Previdência Social.

**Multa:** Se as normas da lei forem violadas, a empresa infratora estará sujeita a multa igual ao valor mínimo estipulado atualmente para inscrição na dívida ativa da União (R\$ 1 mil) por trabalhador prejudicado.

**Vedação:** A contratante não pode usar os trabalhadores terceirizados para tarefas distintas das que estão previstas em contrato.

**Domésticos:** A lei não vale para trabalhadores domésticos. Emenda aprovada no Plenário da Câmara também vedou a aplicação para guardas portuários.

**Tributos Antecipados:** A empresa que contrata os terceirizados deve recolher antecipadamente parte dos tributos devidos pela contratada.”

Portanto, é notório que umas das maiores polêmicas ira manter seu enfoque em torno da terceirização de atividades fins, o que acarretaria em perdas gravíssimas para o trabalhador principalmente no setor da Administração Pública.

## **6. CONCLUSÃO**

Fica evidenciado que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária, apresentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 16, teve seu enfoque na omissão e fiscalização do agente Público, o que deve ocasionar maior zelo pelos contratos de serviços, para que, assim, a Administração Pública não



venha a ser responsabilizada por configurar a culpa in elegendendo ou in vigilando, é um passo de extrema importância para uma Administração justa e solidária a fim de primar á dignidade da pessoa humana.

Sendo que, a questão da terceirização não pode se ater apenas a legalidade, mas também a moralidade, com um olhar humano.

O tema terceirização esta longe de ser esgotado, inesgotáveis são os pontos que podem ser levantados para um estudo aprofundado. Como exposto no início, á terceirização é um fenômeno que vem crescendo muito, e, não tem volta, são inúmeras as possibilidades de levantar pontos favoráveis á terceirização.

Outro ponto importante é o fato de que deve haver um limite para a terceirização, não podemos terceirizar os serviços essenciais. É atributo do servidor público algumas prerrogativas e responsabilidades. Ocorre que, com a proposta do PL 4.330/2004, pretende trazer novos rumos ao tema. Mas isto é tema de outra pesquisa.

Portanto, com o presente artigo, conclui-se que à fiscalização contratual deve representar instrumental o interesse do Estado para que, assim, possa ser garantido o correto exercício da atividade administrativa principalmente no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que deve sempre resguardar o exercício da primazia do interesse público à contratação administrativa. Para evitar sua responsabilização subsidiária, cabe à Administração á implantação de mecanismos que lhe permitam acompanhar o regular cumprimento, pelas empresas contratadas, de suas obrigações.

## **7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, Ricardo. Terceirização da mão de obra na Justiça do Trabalho e a aplicação da Súmula n. 331 do TST. *Jornal trabalhista Consulex*, v. 28, n. 1374, p. 13, maio 2011.

BRASIL. Licitações e contratos da administração pública: Lei nº 8.666, de 21-6-1993, com as atualizações das Leis nº 11.763, de 1º-8-2008, e 11.783, de 17-9-2008. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.



CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência, p. 131-138. In: Revistado Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011.

Jornal do Senado, ANO XXI, nº 4.228. de 27/4/2015, disponível em [www.senado.leg.br/jornal](http://www.senado.leg.br/jornal).

JusNavigandi, Teresina, ano 17, n. 3254, 29 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21884>>. Acesso em: 30 ago. 3915.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eduardo Figueredo. Responsabilidade do Estado por Dívidas Trabalhistas Decorrentes dos Contratos de Terceirização. Disponível em <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=&categoria=](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=)> Acesso em :24 de agosto de 2015

VADE MECUM Universitário de Direito Rideel/ Anne Joyce Angher, organização- 13.