

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS NA TERCEIRIZAÇÃO

Juliana da Nóbrega Galvão Duarte

Acadêmica da UFRN

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar, mediante os aspectos jurídicos e fáticos, a responsabilidade do ente público nas relações trilaterais de terceirização, perante as verbas trabalhistas dos terceirizados não adimplidas pela empresa prestadora de serviços. O cerne da questão gira em torno da ausência de uma norma legal que disponha expressamente sobre qual o comportamento adequado para se adotar nesses casos, restando ao operador do direito a aplicação de entendimento jurisprudencial e doutrinário, rebatido pela Administração Pública, que se procura isentar de qualquer responsabilidade sobre o terceirizado. O caráter ativo/reflexivo do presente trabalho pauta-se em definir a responsabilidade subsidiária ao ente público de forma a não deixar o trabalhador terceirizado totalmente desamparado.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade. Ente Público.

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre patrão e o operário, é a liberdade que oprime e, a lei que liberta”
(Henri Lacordaire)

1 INTRODUÇÃO

Em razão das crises econômicas mundiais e da fragilidade do mercado interno no idos dos anos 90, surgiu, no Brasil, a necessidade de uma produção maior, por custo menor, de forma a tornar mais competitivos os produtos internos no mercado internacional.¹ A terceirização, ou a subcontratação², deriva diretamente dessa onda da flexibilização das relações de trabalho decorrente da adoção de posições neoliberais pelo governo brasileiro. Encontra-se, ainda, inserida nas técnicas da modernização da produção e da organização do trabalho e possui como centro a ideia de descentralizar as atividades que não compõem a cadeia produtiva da empresa, delegando-as a terceiros, permitindo que se volte tempo e esforço para sua atividade central; em outras palavras, busca a especialização dos empregados na atividade fim e a otimização do tempo de produção.

Esse novo mecanismo trouxe uma estrutura piramidal ou trilateral, desconstruindo a clássica relação bilateral formada entre empregado e empregador. A pirâmide apresenta, em uma ponta, como elo entre empregado e empregador, o intermediador de mão de obra, na forma de empregador aparente ou formal, com quem o trabalhador estabelece o vínculo de emprego

¹ Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 276) aponta a terceirização como característica do direito contemporâneo do trabalho, *in verbis*: “(...) flexibilizar os tipos de contrato individual de trabalho é uma decorrência da transformação do cenário do trabalho na sociedade contemporânea. Nela ampliam-se as formas de contratação, além do padrão tradicional do contrato por tempo indeterminado e horário integral. Surgiram o contrato a tempo parcial, o contrato de reciclagem profissional, a ampliação dos contratos a prazo, o trabalho temporário, o *job sharing*, a terceirização, o teletrabalho ou trabalho a distância, uma tipologia moderna mais adequada à realidade atual.”

² Denominação usada por Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 631), em alusão ao contrato derivado de subcontratação do Direito Civil que Venosa (2010, p. 463) conceitua como sendo um contrato acessório existente em razão do principal e serve para passar a terceiros obrigações que pertenceriam ao contrato original e seus sujeitos, sempre no limite delimitado pelo contrato base.



formal (assinatura da CTPS). Na outra extremidade, está o tomador de serviços, como empregador real ou natural, uma vez que se beneficia da força de trabalho do terceirizado, que preenche a terceira posição na pirâmide.

Observe-se que, entre o tomador e o intermediador, existe um vínculo contratual e, entre o último e o trabalhador, um trabalhista; porém, entre o empregador real e o terceirizado, não há qualquer espécie de vínculo. Desse modo, tal ausência de vínculo fere o princípio da *ajenidad*, o qual estabelece a matriz axiológica oriunda da aquisição originária de trabalho por conta alheia, tendo, como uma de suas vertentes, a formação direta da relação de emprego com quem se beneficia dos serviços. Assim, a necessidade de trabalho célere e barato na Era da Técnica (expressão usada pelo filósofo Martin Heidegger, em seu texto intitulado *A Questão da Técnica*, que leva à reflexão se continuaremos sendo humanos numa era em que a tecnologia maquinística passar a ser mais importante do que o próprio homem) desencadeou reflexos negativos na seara trabalhista.

Um dos fatores de precarização e dos motivos do seu combate pelos doutrinadores juslaborais da terceirização encontra-se no fato de os terceirizados enquadrarem-se em uma categoria profissional diferente daquela da empresa tomadora, o que abre margem a salários e a direitos diferenciados. O que se extrai da leitura do art. 511, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), é que a categoria profissional é composta por quem possua similitude de profissão ou trabalho, na mesma atividade econômica ou similar, e dela entende-se que os direitos previstos aos empregados terceirizados são aqueles pertencentes à categoria profissional da empresa intermediadora. A implicação prática do enquadramento diverso é não haver a possibilidade jurídica de um terceirizado pleitear a equiparação salarial apresentando como parâmetro o salário do empregado da tomadora, já que a lei põe como requisito à equiparação a identidade de empregadores (art. 461, da CLT), além de poderem trabalhar em jornada superior àqueles, já que os limites legais da categoria não os abrangem.

Nesse sentido, Vólia Bomfim Cassar (2014, p. 482) defende que, em virtude dos terceirizados possuírem direitos inferiores e diferentes dos empregados do tomador, a terceirização vai de encontro com inúmeros princípios trabalhistas, como os da proteção do empregado, da norma mais favorável, da condição mais benéfica, do tratamento isonômico dos empregados que prestam serviço a uma mesma empresa, do único enquadramento sindical, do mesmo enquadramento legal etc.

Dessa forma, nota-se que, por a terceirização permitir que se



contratem trabalhadores para trabalhar mais horas, recebendo menos, sem necessidade que se estenda a eles os direitos assegurados aos empregados da empresa, torna-se uma via de fraude das relações trabalhistas, tornando os terceirizados trabalhadores desamparados e suscetíveis à burla de seus poucos direitos. Por essa razão, faz-se imprescindível estudar quem responde pelas dívidas trabalhistas não adimplidas pela prestadora de serviços, no ímpeto de permitir, pelo menos, a subsistência de tais trabalhadores.

2 REQUISITOS DE VALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização tem como fundamento constitucional a liberdade de iniciativa, em outras palavras, a possibilidade de constituir empresa para o desenvolvimento de um negócio, que se abaliza sempre nos limites morais estabelecidos na Carta Magna. De acordo com o art. 170 do mesmo diploma, a ordem econômica, fundada nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, não pode, como preceitua a justiça social, violar a dignidade da pessoa humana. Assim, a liberdade da empresa de se constituir e de contratar deverá sempre observar o valor social do contrato de trabalho.

Originalmente, no ordenamento jurídico pátrio, havia uma única hipótese de terceirização, que é a subempreitada prevista no art. 455, da CLT. Esse continua sendo o único tipo previsto na CLT, enquanto que os demais casos ficam a cargo de leis espaciais, como o art. 10, §7º do Decreto-Lei n. 200/67, o qual objetivou descentralizar as atividades na Administração Pública; a Lei n. 6.019/74, do trabalho temporário; a Lei e 7.102/83, do serviço de vigilância; a Lei n. 8.987/95, que trata da contratação de terceiros para a Administração Pública, através da permissão e da concessão.

A par da insuficiência legislativa sobre o assunto, o corpo jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST) se prestou a editar a Súmula n. 331, que dispõe sobre requisitos para a terceirização. Dessa forma, atualmente a terceirização é regulamentada de forma geral pela Súmula n. 331, do TST, que substituiu a Súmula n. 256, do Tribunal. O entendimento caído adotava o princípio da enumeração taxativa, permitindo apenas duas maneiras de terceirização, o trabalho temporário e de serviço de vigilância, por isso toda contratação de trabalhador por empresa interposta que fugisse das duas hipóteses seria considerado ilegal, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Com a nova súmula, a regra geral passou da proibição, com casos



excepcionalíssimos nos quais se aceitava a terceirização dos serviços, para a permissão ampla, desde que a finalidade da atividade terceirizada fosse de apoio, ou seja, desde que houvesse atuação na atividade meio e não na atividade fim da empresa. Tal hipótese continua sendo irregular e gera o vínculo direto com o tomador. O critério adotado pela nova Súmula, de acordo com a doutrina de Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 635/634), foi *genérico-finalístico* ou *princípio teleológico da conceituação genérica*, tendo como norte a finalidade da contratação.

A atividade fim de uma empresa representa todas aquelas funções que fazem parte diretamente da cadeia produtiva indispensável para a realização do seu objeto social. Já a atividade meio também é uma atividade necessária, porém não essencial ao objeto social da empresa, ou seja, presta um suporte à realização da atividade fim. Um exemplo disso é a atividade de limpeza em uma fábrica, onde apesar de ser necessário o ambiente estar limpo, até por questões de saúde e segurança, a fabricação de um bem não passará por etapa que afeta ao pessoal da limpeza.

Atualmente, é possível a utilização de trabalhadores estranhos aos quadros da empresa na execução dos serviços ligados à atividade principal apenas em dois casos previstos em Lei: o da subempreitada, que permite a descentralização das atividades relacionadas à construção civil, (art. 455, da CLT) e o do trabalho temporário (Lei n. 6.019/74). Essas duas hipóteses de intermediação possuem diferenças significativas da terceirização das atividades meio prevista na Súmula n. 331. Naqueles casos, a responsabilidade da empresa tomadora é solidária, sem benefício de ordem, e não há diferenciação no enquadramento da categoria profissional, ou seja, todos pertencem à categoria profissional da tomadora.

Há corrente divergente, entretanto, que defende a responsabilidade subsidiária do empreiteiro principal, em razão da preferência de ordem prevista expressamente na Lei. Já aqueles que defendem a responsabilidade solidária afirmam que a preferência ocorre na fase contratual, porém quando a demanda alcança o judiciário, o subempreiteiro já se encontra inadimplente, inexistindo a preferência.

Quanto ao contrato de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74), como se presta a atender pendência extraordinária de serviço, ou a substituir pessoal regular, a pessoalidade e a subordinação sempre estarão presentes, porém não formando vínculo direto com o empregador se cumpridos os requisitos previstos na Lei, como o prazo de duração máxima e o intervalo mínimo entre as contratações. Caso contrário, há a formação do vínculo, respondendo



tomadora e fornecedora solidariamente pelos créditos trabalhistas. Em todas as hipóteses, regulares ou não, o trabalhador faz jus ao recebimento do mesmo salário dos demais empregados da empresa, de acordo com o art. 12, *alínea a*, da referida Lei.

No caso da terceirização da Súmula n. 331, é imprescindível verificar se, não obstante as atividades sejam estranhas às finalidades da empresa, estão presentes os elementos constituintes da relação de emprego no âmbito laboral do terceirizado, isto é, principalmente, se há subordinação direta ao tomador e à pessoalidade do trabalhador. Em caso positivo, haverá uma flagrante simulação de terceirização que não existe na prática e dissimulação de uma relação empregatícia que se estabeleceu entre o trabalhador e o tomador, assim o contrato firmado será considerado nulo (aplicação do art. 9º da CLT), para dar lugar, pelo princípio da primazia da realidade, ao vínculo empregatício entre o tomador e o terceirizado. Da mesma forma, é o entendimento dos tribunais trabalhistas:

RECURSO ORDINÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO. FRAUDE. FORMAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. A contratação de trabalhador, com o intuito em fraudar os direitos trabalhistas, acarreta a formação do vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, nos termos do que dispõe o inciso I da Súmula nº 331 do C. TST.³

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CALL CENTER. ATIVIDADE FIM. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. BANCÁRIO. Diante de possível contrariedade à Súmula 331, I, do TST, deve-se dar provimento ao agravo de instrumento, para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. CALL CENTER. ATIVIDADE FIM. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. BANCÁRIO. De acordo com o que consta do acórdão regional, considerando-se a atividade-fim do banco reclamado e as tarefas efetivamente exercidas pela reclamante, conclui-se que representavam a atividade precípua do banco, visto que inseridas na sua dinâmica produtiva. Sendo assim, observa-se que o tomador de serviços se beneficiou da força de trabalho da autora, em terceirização ilícita, o que implica, de acordo com a Súmula nº 331, I, do TST, o reconhecimento do vínculo de emprego com o

³TRT-1 - RO: 1661006620095010004 RJ, Relator: José da Fonseca Martins Junior, Data de Julgamento: 05/06/2012, Nona Turma, Data de Publicação: 07/05/2012.



tomador de serviços. Recurso de revista conhecido e provido.⁴

Parte da doutrina, a exemplo de Maurício Godinho Delgado e de Alice Monteiro de Barros, classifica as terceirizações como lícitas, que são as que seguem o previsto na Súmula n. 331, e ilícitas, as que não seguem. Outra parte, encabeçada por Vólia Bomfim (2014, p. 487), classifica como regulares e irregulares, por não haver regulamentação legal, mas jurisprudencial.

2.1 Projeto de Lei nº 4330/04

Em face da ausência de lei formal que regule a terceirização, foi proposto, em 2004, o Projeto de Lei n. 4330/04⁵, pelo deputado Sandro Mabel. Entre os seus principais pontos, está o debate sobre a ampliação das possibilidades em que pode haver a terceirização. Seu texto, originalmente, visa permitir que as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as suas subsidiárias e as controladas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, em algumas situações, terceirizem sua atividade-meio, e as empresas privadas terceirizem atividades em todas as áreas da empresa.

O projeto põe em lados opostos os que enxergam a terceirização como aumento da precarização das relações trabalhistas, e de outro aqueles que a veem como uma forma de tornar a economia brasileira competitiva novamente, por meio da redução de custos na produção. Enquanto o projeto tramita, discute-se a introdução de emendas, como as que garantem aos terceirizados os mesmos direitos alcançados pelos empregados da empresa por negociação coletiva e mesma filiação sindical; e outras que agravam mais a situação precária da terceirização, como a que ficou conhecida por “pejotização”, a qual permite que o trabalhador pessoa física seja readmitido pela empresa em um prazo de doze meses como pessoa jurídica, ou seja, reduziu o prazo de 24 para 12 meses para recontratar o terceirizado, sendo que agora como pessoa jurídica, substituindo a relação da CLT pela relação contratual.

⁴TST - RR: 19001420135020056, Data de Julgamento: 02/06/2015, Data de Publicação: 19/06/2015.

⁵O PL atualmente aguarda votação do Senado Federal. O seu trâmite pode ser acompanhado pelo site: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>. Acesso em: 08 nov. 2016.



O professor e pesquisador de sociologia do trabalho Ricardo Antunes, do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH) da Unicamp, defende que a PL é um retrocesso social na proteção do trabalhador, pois, ao permitir a terceirização da atividade fim, não beneficiará os terceirizados, como argumenta os seus defensores, mas elevará a lógica da terceirização, que incide sobre cerca de 13 milhões de trabalhadores e de trabalhadoras hoje, para 40 milhões, 45 milhões.

De fato, ao permitir que a terceirização seja ampliada para a atividade fim, a PL privilegia o princípio da livre iniciativa, facilita a despedida arbitrária e diminui o risco da atividade econômica em prejuízo dos direitos fundamentais. Segundo o procurador do trabalho, Helder Santos Amorim:

O PL 4.330/2004-A propõe o abandono de toda essa construção jurisprudencial de pensamento, forjada e amadurecida no trato cotidiano dos conflitos decorrentes do trabalho terceirizado, trocando a cláusula conciliatória de interesses constitucionais por um modelo de livre mercado de serviços que reduz a função social da propriedade e somente satisfaz aos interesses expansionistas do capital.

3 A RESPONSABILIDADE DOS EMPREGADORES NA TERCEIRIZAÇÃO

No que concerne à responsabilização pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, a regra que decorre do Código Civil e da legislação trabalhista é a de que, havendo subcontratação irregular, a responsabilidade entre o tomador de serviços, empregador real, e a empresa intermediadora de mão de obra, empregadora aparente, é solidária, formando-se o vínculo empregatício com o primeiro, por aplicação dos artigos 186 c/c 927 c/c 942 do Código Civil e arts. 2º, 3º e 9º da CLT, conforme já debatido em tópico anterior.

A celeuma é definir o tipo de responsabilidade que incorre o tomador dos serviços nos casos de contratação regular, já que nada dispõe a legislação civil e a solidariedade não é presumível, deriva unicamente da *legis* ou da vontade das partes. É necessário investigar quem responderá pelas verbas trabalhistas nas contratações regulares ou lícitas, mas em que há inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

Toda vez que o empregador aparente nega direitos trabalhistas ao seu empregado, incorre em ato ilícito e, quando o empregador real se omite na fiscalização do cumprimento do contrato de seus terceirizados,



há abuso no direito de terceirizar. Como o art. 187 do Código Civil equipara o abuso de direito ao ato ilícito, que é hábil a gerar responsabilização civil, há responsabilidade civil do tomador, nos contratos que não apresentem irregularidades, de forma subsidiária.

Ademais disso, a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços, que não é o devedor direto das obrigações trabalhistas, deriva dos princípios da proteção do trabalhador, do risco empresarial e da efetividade e da preferência no recebimento dos créditos trabalhistas, respaldados no art. 2º, da CLT e 100, da Constituição. Por se beneficiar do serviço do terceirizado, a empresa contratante responde subsidiariamente pelos créditos devidos a ele, como uma espécie de garante legal, com direito a benefício de ordem na execução da dívida.

3.1 O ente público enquanto tomador de serviços

O art. 37, II, da Carta Magna, veda o ingresso em cargo ou emprego público, sem a prévia aprovação em concurso. Tal exigência amplia o uso da contratação de serviços terceirizados, visto a urgência de obras, como os reparos aos serviços essenciais, que não podem esperar a criação de cargos por lei ou a realização de um certame. Em virtude do mesmo dispositivo constitucional, nula é qualquer contratação que o desobedeça, jamais se formando vínculo entre o ente público e o trabalhador.

O uso do concurso como forma de ingresso no serviço público é imposição constitucional que visa conferir transparência à gestão da coisa pública, objetiva evitar favorecimentos e prejuízo aos serviços público. Baseia-se nos princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF). A obrigatoriedade do concurso público deve ser observada tanto na administração pública direta como na indireta, inclusive em todas as esferas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Apesar da obrigatoriedade do concurso público, nada impede que a Administração Pública terceirize serviços meio desde que observe as exigências impostas pela Súmula n. 331. Da mesma forma, a terceirização na Administração Pública exclui o trabalhador da percepção de salários equivalente aos demais empregados, e há a formação do vínculo diretamente com a prestadora. Caso diferente se dá quando há terceirização irregular, uma vez que a exigência do concurso público impede a formação de vínculo entre o ente público e o trabalhador; enquanto, quando pessoas de direito privado



como tomadoras de serviço realizam uma contratação irregular de terceirizado, forma-se vínculo de emprego direto, e a responsabilidade é solidária.

Entretanto, conforme leciona a Orientação Jurisprudencial n. 383, da Seção de Dissídios Coletivos I, do TST, o fato da contratação irregular não gerar vínculos com o ente da Administração Pública, não significa que o trabalhador não tenha direito a receber as verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, em razão do princípio da isonomia e por aplicação analógica da do art. 12, alínea a, da Lei n. 6.019/74.

Em razão das contratações de terceirizados apresentarem diferenças a depender do tomador dos serviços, faz-se necessário uma análise mais aprofundada da responsabilidade que se aplica ao ente público, quantos às verbas trabalhistas decorrentes dos contratos de terceirização, no caso de inadimplemento por parte da empresa prestadora.

3.2 A responsabilidade do ente público no contrato de terceirização

No que concerne à legislação pertinente a terceirização, não obstante o Supremo Tribunal Federal haja declarado nos autos da ADC n. 16, a constitucionalidade do §1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, que dispõe que “*a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas (...) não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento (...)*”, nada impede que possa ser reconhecida a responsabilidade subjetiva do ente público, ou seja, uma vez que se demonstre a administração ter incorrido em dolo ou em culpa na condução e na fiscalização do contrato, poderá ocorrer sua responsabilização subsidiária pelo inadimplemento dos débitos trabalhistas da contratada.

Ao contratar, mesmo que devidamente formalizado o acerto, o ente público atrai para si, o risco de, em momento futuro, em virtude de ser o beneficiário de serviços prestados por empregados da contratada, e havendo frustração, quanto a direitos trabalhistas de tais trabalhadores, vir a arcar subsidiariamente com a responsabilidade pelo seu adimplemento. Não é possível que se admita outro entendimento, à luz dos princípios e das normas trabalhistas em vigor, com nítido caráter protetivo, nesse sentido, defende Maurício Godinho (2012, p. 468): “A ideia de Estado irresponsável é uma das mais antigas e ultrapassadas concepções existentes na vida política, social e cultural, não tendo qualquer mínima correspondência com o conceito e a realidade normativos de Estado reverso (...)”.



Após reiterados debates sobre o tema, e, principalmente, depois da decisão da ADC n. 16, o Tribunal Superior do Trabalho revisou a Súmula n. 331, modificando seu inciso IV e acrescentando os incisos V e VI, *in verbis*:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e constem 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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços 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.

De pronto, observa-se que, em sua nova redação, a Súmula 331, em seu inciso V, demonstra que a responsabilidade do ente público, tomador de serviços, deixou de ser objetiva. Em outras palavras, atualmente, para que seja aplicada a responsabilidade subsidiária dos entes públicos, nos termos do inciso IV, da Súmula 331 do TST, é necessário que seja averiguada a sua conduta culposa, no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, principalmente em relação à culpa *in vigilando*.

Por responsabilidade subsidiária compreende-se aquela que é secundária, em que só se obriga a complementar o que não foi adimplido pelo devedor principal. Assim, primeiramente, é necessário que se esgotem todos os esforços para que a empresa prestadora quite a dívida trabalhista que faz jus, para se passar a cobrança do tomador, podendo, a qualquer momento, invocar o benefício de ordem e indicar bens da empresa, para que sejam executados.

Acertado o lecionado pela professora Vólia Bomfim (2014, p.510) de que não se pode afirmar que a Administração Pública responde por culpa *in eligendo* e *in contrahendo*, uma vez que o processo licitatório possui regras rígidas que elimina empresas com débitos fiscais ou trabalhistas e, ademais, pelo menos em tese, gera uma escolha imparcial por parte do ente público, o qual se vê obrigado a contratar aquele que preenche todos os requisitos



objetivos destas e não alguém fruto de uma escolha parcial.

Importante frisar que o inciso V, da Súmula em comento, deixa claro que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas não faz surgir a responsabilidade subsidiária dos entes públicos. Assim, mostra-se indispensável a averiguação do descumprimento, por parte dos entes públicos, das obrigações contratuais e das legais trazidas pela Lei n. 8.666/93. Da leitura do art. 67, caput e § 1º, da referida Lei, extrai-se o dever da Administração de acompanhar e de fiscalizar as execuções dos contratos durante toda a sua vigência por profissional ou equipe de fiscalização habilitada, com experiência técnica necessária ao acompanhamento e ao controle do serviço que está sendo executado. A culpa *in vigilando* surge, exatamente, quando a Administração deixa de cumprir seu papel de fiscal, ou, detectando irregularidades, deixa o contrato fluir.

Nesses casos, em que o trabalhador busca a condenação da Administração que se valeu de seus serviços de forma subsidiária, tem-se que perquirir a quem pertence o ônus de provar a presença da culpa *in vigilando*. Pela própria inferioridade jurídica do trabalhador, por não ter acesso à documentação do tomador, por sequer participar da relação jurídica, mostra-se clara a impossibilidade de o trabalhador demonstrar que não houve a fiscalização do contrato. Esse é um caso em que deve adotar-se a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, invertendo o ônus probante e condenando a Administração Pública em responsabilidade subsidiária quando esta não conseguir se desincumbir do ônus.

Como exemplificado por Vólia Bomfim (2014, p. 511), no caso de o prestador de serviços nunca ter pago horas extras ou recolhido FGTS e INSS, presume-se a responsabilidade do ente público tomador dos serviços, já que possui obrigação, conforme dispõe a Lei de Licitações, de exigir mensalmente, o cumprimento desses direitos obreiros dos empregados da pessoa jurídica contratada, sob pena de retenção do pagamento.

Ademais, o acréscimo do item IV à súmula em comento estabelece a extensão da responsabilidade subsidiária, qual seja “todas as verbas decorrentes da condenação”. Tal entendimento foi aplicado ao RR-6100-23.2007.5.15.0150, do TST, que permite a compreensão do alcance em caso prático. No caso em tela, um banco foi condenado a pagar diferenças salariais devidas a terceirizado contratado para prestar serviços de vigilância, de forma subsidiária. Em grau recursal, conseguiu ser liberado do pagamento referente às multas convencionais, sob o argumento a responsabilidade alcança apenas direitos trabalhistas, não se incluindo multas de índole punitiva e



recolhimentos fiscais e previdenciários.

Em sede de recurso de revista, o TST deu cumprimento aos itens IV e VI da Súmula nº 331, entendendo que a determinação contida neles compreende todas as verbas objeto da condenação, inclusive as multas convencionais e as verbas rescisórias ou indenizatórias. Agindo dessa forma, o TST privilegiou o entendimento de que o trabalhador não pode suportar os prejuízos oriundos do não pagamento pela empresa prestadora de serviço, já que a contratação e a fiscalização não lhe competiam. Dessa forma, se a prestadora não adimplir o crédito do trabalhador, a responsabilidade passa por inteiro para a tomadora.

4 CONCLUSÕES

Ao que se pôde observar, a terceirização é um fenômeno contemporâneo e natural de um sistema produtivo de descentralização das atividades econômicas em ampla difusão. Ao detentor do capital, é preferível contratar alguém por quem não precise se responsabilizar, dar ordens e, ainda, responsabilizar-se a menor custo. O resultado dessa flexibilização na forma de contratar é um trabalhador cada vez mais desprotegido, que, em razão do mercado preferir não fazer contratações diretas de trabalhadores, vê-se obrigado a trabalhar como terceirizado, por temor ao desemprego.

A desproteção do trabalhador é flagrante, visto a ausência de normas mais rígidas que regulamente essa relação, e as consequências prejudiciais ao elo mais fraco no triângulo são perceptíveis: há o aumento do nível de desemprego; da rotatividade de trabalhadores terceirizados exercendo serviços equivalentes ao dos empregados da tomadora por mais horas e recebendo salário inferior; baixas condições de saúde e de segurança, estando mais suscetíveis a acidentes do trabalho; dentre outros malefícios.⁶

Nesse contexto, a responsabilidade subsidiária do contratante em relação aos débitos trabalhistas do contratado, principalmente na Administração Pública, é uma forma de garantir um mínimo de dignidade e de proteção ao trabalhador, já que é comum que as empresas prestadoras de serviços aos entes públicos desapareçam junto com os mandatos dos políticos,

⁶ De acordo com pesquisa realizada pela Central Única de Trabalhadores (CUT) e a Dieese, em setembro de 2011, disponível em: <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/migracao/terceirizacao.PDF>>. Acesso em: 08 nov. 2016.



deixando os trabalhadores, após emprestarem sua força produtiva, sem terem de quem exigir os seus direitos.

Assim, a responsabilidade subsidiária do ente público, hoje aplicada pela ampla jurisprudência, é a decisão mais acertada para amparar o trabalhador, sendo, de certa forma, inadmissível imaginar que a Administração não possua nenhuma obrigação perante o terceirizado, nem que seja a mínima prevista em Lei, de fiscalizar o cumprimento do seu contrato, já que ela é a beneficiária direta do seu trabalho.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **A terceirização sem limite proposta pelo PL 4.330/2004**. Disponível em: <<http://www.cutmg.org.br/ponto-de-vista/artigos/63/a-terceirizacao-sem-limite-proposta-pelo-pl-4-330-2004>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº. 8.666/93, de 21 de junho de 1993**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal do Brasil**. Ação Direta de Constitucionalidade nº 16. Ministro Relator: Cezar Peluso. Partes: Requerente: Governo do Distrito Federal. Data do julgado: 24 nov. 2010. Data da publicação:



02 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2497093>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

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

GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços**. Ed. LTr, 2010.

MACEDO, Clayrton Victor Leite. PL 4.330: terceirização e precarização das relações trabalhistas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4345, 25 maio 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/39393>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORSI, Carlos. PL 4330 institucionaliza a burla, diz Ricardo Antunes. **Jornal da Unicamp**, Campinas, 11 de maio de 2015 a 17 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/624/pl-4330-institucionaliza-burla-diz-ricardo-antunes>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **Terceirização e Reestruturação Produtiva**. Ed. LTr, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; Vianna, Segadas; TEIXEIRA, Lima.
Instituições de Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, v.1.

UCHÔA, Marcelo. Terceirização: retrocesso social inaceitável. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4304, 14 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38062>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SUBSIDIARY RESPONSIBILITY OF THE BEING PUBLIC FOR THE OBLIGATIONS OF OUTSOURCING

ABSTRACT

This article aims to analyze, through the legal and factual aspects, the responsibility of the public entity in trilateral relations outsourcing, before the labor rights of third parties defaulted by the service company. The crux of the matter revolves around the absence of a legal provision expressly providing for which appropriate behavior to be adopted and applied understanding today be a doctrinal and jurisprudential construction, bounced by the Public Administration, which seeks to absolve themselves of any responsibility for the outsourced. The active/reflective nature of this work is guided in defining the joint liability to the public entity so as not to leave the totally helpless outsourced workers.

Keywords: Outsourcing. Responsibility. Being Public.

