

A NOVA VISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST ACERCA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS¹

Mariana Figueiredo de Barros²

Marcelo de Barros Dantas³

RESUMO

Analisa-se, por meio de uma observação histórica, a evolução das relações de trabalho, que dera origem a um fenômeno denominado Terceirização de Serviços, verificando-se que a terceirização surgiu em face da globalização e de crises econômicas vivenciadas em todo o mundo, e demonstrando a sua importância na execução de atividades indiretas dos entes públicos. Além disso, mostra como ela surgiu no âmbito público, e como enxergaram esse modo de relação de trabalho. Discute-se a responsabilidade da Administração Pública em face das empresas terceirizadas, por meio da divergência de uma Súmula e de uma Lei Federal, denominadas respectivamente Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, que fala que a Administração Pública responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados, caso haja inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador, e do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), que exime a Administração Pública da Responsabilidade Subsidiária. Assim, muitos questionavam a constitucionalidade do referido artigo da Lei de Licitações, e, pela Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, foi julgada a constitucionalidade de tal artigo. O presente trabalho foi feito através de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e artigos científicos, onde, objetiva-se, mostrar qual o novo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da responsabilidade subsidiária da administração pública perante os trabalhadores das empresas terceirizadas. Por fim, demonstrando que se a Administração Pública for negligente, principalmente com a fiscalização trabalhista das empresas terceirizadas, ela responderá de forma subsidiária caso a empresa terceirizada seja inadimplente com os seus empregados.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização de Serviços. Administração Pública. Responsabilidade Subsidiária. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16.

¹ Artigo apresentado como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

² Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: marianabarros.adv@hotmail.com

³ Especialista em Direito do Trabalho e professor orientador do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

ABSTRACT

It analyses, through a historical observation, the evolution of the labor relationships, which originate a phenomenon named outsourcing of services. Verifying that the outsourcing surged because of the globalization and financial crisis that happened all around the world, and demonstrate its importance in execution of indirectly activities of the public entities. And beyond, showing how it surged in the public area, and how they saw this kind of labor relationship. It discuss, the responsibility of the public administration in face of outsourcing companies, through the deviation of a precedent and a federal law, named precedent 331 of the Superior Labor Court, TST, which says that the public administration respond, subsidiarily, for the work incumbencies of the outsourced workers, in case of default of the working obligations from the employer, and of the article 71, first paragraph of the law 8.666/1993 (law of bids and contracts), which avoids any subsidiarily responsibility of the public administration. Thus, a lot of people challenged the constitutionality the already referenced article of the bid Law, and, through the declaratory action for constitutionality, was judged the constitutionality of it. This work was made through doctrine researches, jurisprudential and scientific articles, where, the aim is which is the new understanding of the Superior Labor Court about the subsidiarily responsibility of the public administration before the outsourced company's workers. At last, demonstrating that if the public administration has been negligent, mainly with the labor supervision of the outsourced companys, it will respond subsidiarily in case of the outsourced company has been default with their workers.

KEYWORDS: Labor Relationships; Public Administration; subsidiarily responsibility; declaratory action for constitutionality number 16.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, muitas mudanças ocorreram nas relações de trabalho, com a intenção de flexibilizar a relação de emprego. O vínculo de emprego tradicional é aquele entre empregado e empregador, sem ser contrato temporário, e sim contrato por prazo indeterminado. Com o surgimento da terceirização, essa forma convencional de trabalho está perdendo um pouco seu lugar, gerando novos focos, no que tange às relações empregatícias.

Devido a vários fatores, como a globalização e a crise econômica mundial, o mercado interno ficou bastante frágil, e não tinha capital suficiente para competir com o mercado externo; dessa forma, o mercado interno precisava ter uma maior produtividade com menores gastos, atingindo primeiramente a classe trabalhadora, que tinha vários direitos que foram flexibilizados e modificados. Assim, a terceirização de serviços é uma forma para se reduzir

os gastos da empresa e, conseqüentemente, aumentar os seus lucros. (CASSAR, 2011, pg. 511).

Na Administração Pública surgiu a terceirização de serviços por meio do Decreto-Lei 200/67 e, a partir desse momento, várias questões surgiram quanto à ilicitude da terceirização de serviços; um deles era com relação a não realização do concurso público para tal contratação. Dessa maneira, ficou mais do que comprovado que a terceirização de serviços nos entes públicos é lícita, pelo fato de ser feita por meio de licitação e ser destinada à atividade-meio da empresa, não havendo, nesse sentido, nem a pessoalidade nem a subordinação dos trabalhadores com a Administração.

A terceirização passou a ser bastante utilizada em nosso país, necessitando de uma regulamentação específica, para que fossem evitadas situações ilegais. Com a grande necessidade dessa regulamentação foi feita uma revisão da Súmula nº 256 do TST pela Súmula 331, também do Tribunal Superior do Trabalho.

Daí a questão enfrentada no presente trabalho é ser quanto à responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços, mostrando o atual posicionamento do TST acerca da responsabilização.

A Súmula 331, do TST, em sua antiga redação, transferia à Administração Pública a responsabilização, caso houvesse inadimplência com os trabalhadores por parte da empresa terceirizada.

Em outro sentido, a Lei de Licitações 8.666/93, em seu artigo 71, § 1º, tem uma visão diferente da mencionada Súmula, ou seja, que nos casos de inadimplência por parte da empresa terceirizada com seus empregados não seja transferida tal responsabilização para o ente público.

Assim, por meio dessa divergência entre uma Súmula e uma Lei Federal, questionava-se a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, e, a partir da Ação Declaratória de Constitucionalidade número 16, o mencionado artigo foi declarado constitucional.

Por esse motivo, a Súmula 331 ganhou uma nova redação, a qual o ente Público não se responsabiliza pela inadimplência do contratado; só se responsabiliza caso não haja a devida fiscalização trabalhista, ou for caracterizada a subordinação e a pessoalidade do trabalhador, e as atividades destes forem destinadas à atividade-fim e não à atividade-meio. Na verdade, não seria justo a empresa tomadora de serviços se responsabilizar com um encargo que não é seu, até porque os serviços contratados são com o terceirizante de serviços e não com os empregados que ele contrata.

Objetiva-se mostrar, pelo o estudo da Súmula 331 do TST e do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93, que os entes públicos só responderiam de forma subsidiária se não cumprissem com o seu papel, o qual seria o de fazer a devida fiscalização trabalhista, principalmente acerca do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

2 DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Segundo Livia Maria Silva Meireles⁴, em vários períodos históricos existiam diversas formas de trabalho, onde essas relações de trabalho, analisadas sobre a visão atual jamais poderiam ser ditas como relação de emprego, ou até mesmo relação de trabalho, sendo por esse motivo que se observa a evolução das sociedades em defesa de seus direitos.

Na Idade Antiga, ainda de acordo com Livia Maria Silva Meireles, o regime adotado era a escravidão, mostrando que não tinha nenhum traço existente que fosse tido como relação de trabalho; o homem era explorado de forma absurda e não era garantida ao trabalhador qualquer forma de remuneração. Com a evolução das sociedades, surgiu na Idade Média o feudalismo, onde os poderes eram concentrados nas mãos dos senhores feudais, estes que eram proprietários do feudo. Nesse período, os senhores feudais utilizavam-se dos serviços dos servos que tinham como recompensa abrigo e alimento para o seu sustento e o da sua prole. Com o passar do tempo, os servos não suportaram mais passar pelas péssimas condições de vida a que eram submetidos, assim, revoltaram-se contra o sistema, sendo logo em seguida criadas as corporações de ofício.

Ainda no dizer da autora acima citada, na Idade Moderna surge o absolutismo monárquico, onde as classes menos favorecidas não conseguiam se impor aos reis. Dessa forma, não restou outra saída senão fugir da dominação dos reis, e formarem os burgos, que faziam parte dos centros de comércio dos burgueses. Tal reação da classe mais frágil prosperou e originou o modo de produção capitalista, onde o trabalhador não era valorizado.

A autora mencionada acima, fala que com o grande investimento feito na evolução dos meios de produção, surgiram as indústrias, consolidando o sistema capitalista e nascendo o Estado Constitucional Liberal. Nesse início das atividades industriais prevaleceram dois modos de produção: o fordista e o toyotista. O modo de produção toyotista foi essencial para o surgimento da terceirização, onde as empresas não precisavam se preocupar tanto com os

⁴ <http://www.webartigos.com/artigos/terceirizacao/1743/>

detalhes de produção, sendo essa responsabilidade transferida a terceiros. Segundo Cássio Mesquita Barros⁵:

Com a terceirização na área trabalhista, a atividade empresarial flexibilizou-se, influenciada pela substituição do modelo de produção fordista pelo toyotista, eliminando, por exemplo, os ônus decorrentes de logística e da fabricação, como a diminuição de custos e a elevação de lucros com a venda de mercadorias. Além disso, ocorreu uma profunda inversão na organização clássica da empresa, que antes se desenvolvia verticalmente (empregado e empregador) e se desgastava nas etapas paralelas ao processo produtivo. Ao se horizontalizar, com o prestador de serviços, o tomador e o trabalhador, a empresa passa a ter melhores condições de desempenhar sua atividade principal com melhor desenvolvimento de seu produto, em um processo que a administração moderna denomina de focalização. Essa focalização é ainda mais acentuada pelas modificações tecnológicas que possibilitam o trabalho à distância ou o teletrabalho.

Assim, podemos verificar que o surgimento da terceirização de serviços foi decorrente das várias transformações das relações de trabalho, tais como: a escravidão, o feudalismo, até se chegar ao modelo de produção toyotista. Por intermédio desse novo modelo de produção, as relações de trabalho tomaram um novo foco, pois o vínculo tradicional de emprego, que é aquele feito entre empregado e empregador, estava perdendo um pouco do seu lugar para o modelo trilateral de emprego que é entre o prestador de serviços, o tomador e o trabalhador. Desse modo, as empresas passam a focar mais nas atividades principais, com um melhor crescimento dos seus produtos. Diante disso, surge o fenômeno da terceirização de serviços, conforme veremos a seguir.

3 A TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização, então, surgiu quando o país estava em crise, pessoas desempregadas, sem nenhuma esperança para conseguir melhorar a sua condição de vida, com o mercado totalmente abalado, pois a saída dos produtos pela consequência da falta de emprego diminuiu bastante. Assim, devido a essa crise econômica, as empresas necessitaram reduzir os seus gastos, principalmente com a sua mão de obra.

⁵ <http://s.conjur.com.br/dl/terceirizacao-cedes.pdf>

Segundo a autora Vólia Bomfim Cassar (2011, pg. 511), a terceirização de serviços surgiu em face da globalização e das crises econômicas vivenciadas em todo o mundo, veja:

A globalização e a crise econômica mundial tornaram o mercado interno mais frágil, exigindo maior produtividade por menores custos para melhor competir com o mercado externo. O primeiro atingido com essa urgente necessidade de redução de custos foi o trabalhador, que teve vários direitos flexibilizados e outros revogados. A terceirização é apenas uma das formas que os empresários têm buscado para amenizar seus gastos, reinvestindo no negócio ou aumentando seus lucros. (CASSAR, 2011, pg. 511)

No Brasil, a primeira noção de terceirização surgiu por meio das multinacionais, como preleciona Sergio Pinto Martins (2011, pg. 2):

No Brasil, a noção da terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. A indústria automobilística é exemplo de terceirização, ao contratar a prestação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e procedendo à montagem final do veículo. (MARTINS, 2011, pg. 2)

Nesse sentido, muitos doutrinadores entendem que a terceirização de serviços se introduziu no Brasil em 1950 mas, em sede normativa, tal fenômeno surgiu bem depois.

Também são consideradas pioneiras da terceirização no Brasil as atividades referentes a limpeza e conservação, pois existem desde 1967 aproximadamente. (MARTINS, 2011, pg. 2). Nesse sentido, entende o TST que tais serviços de conservação e limpeza passaram a ser admitidos nessa forma de contratação que é a terceirização.

A subempreitada foi a primeira hipótese de terceirização, prevista na CLT, dessa forma, o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 incentivou o crescimento da terceirização, para que a Administração Pública separasse as suas atividades (CASSAR, 2011, pg. 519). Como a Constituição Federal somente prevê a forma de contratação direta dos trabalhadores pela Administração direta e indireta, esse Decreto-Lei passou a ver a possibilidade da Administração Federal se desobrigar da “realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível à execução indireta, mediante contrato”.

Por esse motivo, abriu-se as portas para o início da terceirização de serviços no âmbito público, visando criar condições para que o órgão Público ou a empresa privada priorizem as

atividades principais, deixando as atividades-meio para as empresas constituídas para este desiderato, sendo essas as empresas terceirizadas.

Nas palavras de Liduína Araújo Campos⁶: “A terceirização é um fenômeno atual e irreversível no mercado de trabalho nacional, e sua utilização pela Administração Pública, mesmo não havendo uma legislação específica para o tema, vem sendo incentivada desde o tempo do Decreto 200/67”.

Devido ao surgimento da terceirização de serviços no âmbito público, surgiu a possibilidade de que pudesse existir corrupção, pelo fato de inexistir o concurso público para a contratação das empresas terceirizadas. Mas o que ocorre é que a Administração Pública contrata as empresas para a prestação dos seus serviços através de licitação, beneficiando-se da terceirização de serviço, pois destinam as atividades que não lhe são fundamentais para outras pessoas mais aptas as prestar, fazendo com um custo menor, diminuído assim, o déficit do Estado e racionalizando a sua estrutura (MARTINS, 2011, pg. 142).

A terceirização também foi levada para o setor privado, e sua regulação normativa foi dada pela Lei 6.019/74, referente à Lei do Trabalho Temporário, sendo para contratos de curta duração, tendo o período de três meses, podendo ser prorrogados por mais três meses, desde que autorizados pelo órgão competente, para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal e permanente ou acréscimo extraordinário; e a Lei 7.102/83, para vigilantes bancários, que limita-se aos trabalhadores bancários; com efeitos restritos.(CASSAR, 2011, pg. 520).

Entende-se então, que a terceirização de serviço é a relação trilateral de emprego, ou seja, a empresa tem a possibilidade de contratar terceiro, que em regra não corresponde ao objetivo principal daquela. Nesse sentido, o terceiro realiza atividades que o terceirizador não quer realizar, ou por não ter condições, ou por querer focar mais nas atividades principais da empresa.

Sérgio Pinto Martins (MARTINS, 2011, pg. 11) expõe os objetivos do tomador dos serviços quando contrata terceiros:

⁶ <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1470>

O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa. Esta pretende, com a terceirização, a transformação dos seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência de numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento, e também em novos produtos.

Na verdade, os empresários pretendem, na maioria dos casos, a diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários, com a utilização da terceirização...

Ao longo do tempo, muitas mudanças ocorreram nas relações de trabalho, com a intenção de flexibilizar a relação de emprego. O vínculo de emprego tradicional é aquele entre empregado e empregador, sem ser contrato temporário, e sim contrato sem prazo determinado, ou seja, é a forma clássica de relação empregatícia bilateral, conforme prevê os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Com a terceirização surge a relação de emprego de forma trilateral, como mencionado acima, aquela que é constituída pelo obreiro, a empresa terceirizante e a empresa tomadora de serviços, segundo ensina Mauricio Delgado Godinho (2010, pg. 414):

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2010, pg. 414)

Ainda no tocante à terceirização, Vólia Bomfim Cassar (CASSAR, 2011, pg. 510), ao citar Mauricio Delgado Godinho, destacou a terceirização de tal forma:

Terceirização é a **relação trilateral** formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador **aparente**, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador **real** ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal. (CASSAR, 2011, pg. 510).

Dessa forma, fica a terceirização caracterizada como a relação trilateral de emprego, e não como a relação bilateral de emprego, que é a regra de todos os contratos.

“A terceirização consiste em forma de contratação de força de trabalho sem o estabelecimento de relação jurídico-empregatícia com o trabalhador. Trata-se de um **vínculo de natureza triangular, que conta com os seguintes sujeitos: trabalhador, prestador (empregador do trabalhador) e tomador.**” (NEIVA, 2012, pg. 63).

Segundo Sérgio Pinto Martins (MARTINS, 2011, pg. 5), os conflitos existentes na terceirização de serviços, relacionados à relação de emprego dão ensejo a: “definição de uma posição da Jurisprudência do TST, Consubstanciada inicialmente na Súmula 256 daquela Corte e Posteriormente na sua revisão pela Súmula 331”.

O fenômeno da terceirização existe em todo o mundo. No Brasil, a terceirização de serviços é regulamentada por meio da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que tem a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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 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).

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 pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de 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 n. 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.

A terceirização de serviços foi ganhando um grande espaço nas relações de trabalho, sendo bastante utilizada, tanto no âmbito público quanto nas empresas privadas, sendo necessária uma regulamentação específica para tal assunto para que se fossem evitadas fraudes. Por esse motivo, foi criada a Súmula 331, do TST.

O Superior Tribunal de trabalho, com relação à licitude e à ilicitude da terceirização, tentando normatizá-la, traçou a diferença entre ambas. No Brasil, a terceirização lícita é regulada pela aludida Súmula do TST, que fala que será lícita à terceirização: de trabalho temporário; serviços de vigilância; serviços e limpeza; e serviços especializados a atividade meio do tomador; Mostrando que a licitude se dará se não houver pessoalidade e subordinação jurídica direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador de serviços (Súmula 331, III, *in fine*, TST). Quanto à licitude da terceirização de serviços, afirma Sergio Pinto Martins (2011, pgs. 160-161) :

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento de subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirização, nem poderão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando nas dependências do tomador. Os prestadores de serviços da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos a prova, pois, são especialistas no que irão fazer. (MARTINS, 2011, pgs. 160 - 161).

Quanto à ilicitude da terceirização de serviços, Sergio Pinto Martins (2011, pg. 161) diz: “Se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas a subordinação e pessoalidade com o tomador dos serviços”. (MARTINS, 2011, pg. 161).

Fica a terceirização de serviços caracterizada como lícita em situações em que a Administração Pública transfere as suas atividades-meio para empresas terceirizadas que

desenvolvam serviços como sua atividade-fim. É o caso, por exemplo, dos serviços de limpeza, que desempenham suas atividades como fim-empresarial e executam suas atividades nas dependências dos órgãos públicos. Já a terceirização fica caracterizada como ilícita quando for comprovada a existência de subordinação e pessoalidade com a administração pública.

É importante ressaltar qual a responsabilidade subdiária da administração pública frente às empresas terceirizadas, e mostrar que nesse contexto histórico várias transformações ocorreram ao longo dos anos, mostrando a nova visão do TST acerca de tal responsabilidade, que veremos mais adiante.

3 ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM

Houve muitas modificações ao longo do tempo com relação às decisões jurisprudenciais referentes à terceirização no Direito do Trabalho. Antes, por meio do Enunciado da Súmula 256 do TST, a terceirização era permitida somente como exceção, e somente prevista no trabalho temporário e serviços de vigilância, pois tinham amparo legal. Com essas mudanças jurisprudenciais, em 1993 a referida Súmula foi modificada pelo novo Enunciado 331 do TST, apresentando claramente a ampliação das possibilidades lícitas de terceirização (GARCIA, 2010, pg. 350).

Por intermédio desse Enunciado 331, podemos verificar as formas de terceirização lícita, que seria aquela feita na atividade-meio, ou seja, aquela em que não existisse pessoalidade nem subordinação do trabalhador com o tomador de serviços.

Percebe-se, então, que a terceirização de serviços quando à atividade é meio é a regra, já quando é atividade fim é a exceção (CASSAR, 2011, pg. 515).

Segundo Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2010, pg.), a atividade-meio e a atividade-fim são: “*Atividade-meio* é aquela de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo *atividade-fim*, portanto, aquela que a compõe.”. (GARCIA, 2010, pg. 351)

Maurício Godinho Delgado (2010, pg. 425), com relação a definição do que vem a ser atividade-fim e atividade-meio, esclarece:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. (DELGADO, 2010, pg. 425)

Assim, entende-se por atividades-fim aquelas que são destinadas ao objetivo principal da empresa privada ou do ente público, já as atividades-meio, são aquelas não essenciais para a empresa privada ou a Administração Pública, pois podem ser feitas por empresas terceirizadas que fazem essas atividades que não são fundamentais para o ente público como atividade-fim.

4 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – UMA VISÃO LEGALISTA.

A terceirização de serviços na administração pública, como mencionado, foi iniciada a partir da vigência do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1987, cujo art.10, § 7º, estabelece:

Art. 10, do Decreto-lei nº 200/67. 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 contato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Segundo Luiz Carlos Lima da Cruz⁷, a terceirização foi regulamentada através:

A matéria foi regulamentada pelo Poder Executivo, nos termos do Decreto n.2.271, de 7 de julho de 1997, que “dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências”. O art. 1º do referido Decreto, em seu caput, admite a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares, ao passo que seu parágrafo primeiro contém enumeração de atividades a serem preferencialmente executadas mediante contratação e seu parágrafo segundo, em oposição, exclui a execução indireta para as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.

Por meio desse Decreto, podemos verificar que a Administração Pública direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou da entidade, demonstrando, assim, que a Administração pode contratar empresas terceirizadas para executar as atividades que não lhe são essenciais. Estas atividades estão descritas no § 1º do referido decreto, e no § 2º do mesmo Decreto mostra-se as atividades que não podem ser objeto de execução indireta, veja:

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.

Ainda nos dizeres de Luiz Carlos Lima da Cruz, fala das atividades de vigilância e de conservação e limpeza e dos serviços especializados ligados à atividade-meio da empresa, e no mencionado Decreto, além dos serviços de vigilância e conservação e limpeza, ele lista

⁷ <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2499248.PDF>

outros itens, como transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, etc. Mas, além disso, não existem divergências entre o Decreto e o Enunciado, mostrando que os dois falam que a execução indireta fica restrita às atividades-meios, veja:

Ante a análise do trecho de norma exposto, constata-se a consonância entre o conteúdo deste dispositivo e o inciso III do Enunciado 331 do TST, anteriormente transcrito. É inegável que, aqui, não só rol das atividades consignadas no § 1º vai bem além da vigilância, conservação e limpeza, como também não traduz somente uma admissibilidade legal, mas sim uma preferência administrativa pela execução indireta das atividades listadas. Ainda assim, não há divergência entre o Decreto e o Enunciado 331. Em ambos, a execução indireta, mediante contratação de serviços de terceiros, fica restrita às atividades-meio.

É importante lembrar que só é lícita a terceirização de serviços quando ela for feita na atividade-meio, não havendo, forma, não havendo a subordinação nem a personalidade do trabalhador com o tomador de serviços.

Para que haja a contratação dessas empresas terceirizadas, não é necessário que seja por meio de concurso público, até porque é feita através de concorrência pública para a contratação desses serviços. Por intermédio do art. 37, XXI, da Constituição Federal, é permitida a contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública, sendo necessária lei específica prevendo licitação e regras para o contrato com a aludida administração. (MARTINS, 2011, pg. 146).

Segundo Cássio Carvalho Correia de Andrade (2005, pg. 13), com relação ao concurso público na Administração Pública, tanto na Administração Direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, se forem reconhecidos o vínculo empregatício, estar-se-á violando-se o princípio do concurso público:

No que se refere à Administração Pública, em sentido amplo, estando compreendidas a Administração Direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, não há como reconhecer o vínculo empregatício, sob pena de violar o princípio do concurso público, estampado no art. 37, II, da Magna Carta (enunciado da súmula nº 331, II, do TST). (ANDRADE, 2005, pg. 13).

Outrossim, como mencionado, a terceirização é feita pela concorrência pública, ou seja, feita por meio de licitação. A licitação é regida pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e devido algumas atualizações feitas pela Lei 8.883, de 8 de junho de 1994, revogou o Decreto-Lei 2.300/86. Por esse motivo, a nova Lei regulamentou o art. 37, XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública, podendo se verificar a licitude da contratação de serviços feita pelo ente público. (MARTINS, 2011, pg. 152).

No artigo 2º, da mencionada Lei de Licitações e Contratos, diz que:

Art.2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

A Constituição Federal permite que o Estado preste seus serviços de forma direta ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, como pode se verificar no art. 175, do referido diploma:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Foi editada a Lei nº 8.987, em 13 de fevereiro de 1995, que fala do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, regulando o referido art. 175, da CF. A concessão de serviços e a permissão, segundo Sergio Pinto Martins (MARTINS, 2011) é:

Concessão é o contrato administrativo em que a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço, obra pública, ou cede o uso de um bem público, para que o execute por sua conta e risco, no prazo e condições estabelecidas, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração. A permissão é um ato administrativo unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso, em que a Administração Pública delega ao particular a execução de um serviço público ou a utilização de um bem público. (MARTINS, 2011, pg. 154-155).

A licitação na administração pública é feita através do princípio da isonomia, sendo escolhida a melhor proposta para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos, conforme redação do art. 3º, da Lei de Licitações e Contratos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Ainda, com relação as licitações, no art. 71 da Lei nº 8.666: “O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato”. No seu artigo 1º, pode-se verificar que a Administração Pública não responde pelos encargos trabalhistas, como se pode ver na própria Lei:

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.

No tocante a fiscalização trabalhista é necessário, que a Administração Pública, ou seja, o terceirizante, fiscalize a empresa terceirizada, podendo a Administração Pública, se responsabilizar da inadimplência na empresa terceirizada com o seus empregados, com relação ao pagamento correto destes, ou venha a fraudar os direitos dos obreiros. O terceirizante, também deverá confirmar se a atividade do terceirizado é regular e se os empregados terceirizados são registrados. Para tal controle, pode o terceirizado exigir que toda a documentação dos trabalhadores fique na empresa a sua disposição para que a fiscalização trabalhista ocorra. Ainda, no contrato de prestação de serviços pode o terceirizante estabelecer que o terceiro comprove todos os recolhimentos devidos ao INSS, FGTS, Cofins, PIS, imposto de renda na fonte, recibo de pagamento e outras verbas trabalhistas, sob pena do terceirizante não liberar para o terceirizado o pagamento dos serviços prestados. Esse procedimento, evita um eventual transtorno para o terceirizante, evitando que este seja responsabilizado pelos débitos fiscais, trabalhistas ou previdenciários do terceirizado. (MARTINS, 2011, pg. 170).

A Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 58, III, imputa à Administração Pública o poder de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos por ela firmados, pois eles são pagos com verbas públicas, desta forma, devem ser gastos tendo em vista a racionalização. Assim, no mesmo sentido, o art. 67, da mesma Lei estabelece a forma como ela deverá ocorrer:

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.

Por esses motivos expostos, pode-se concluir que a terceirização de serviços no âmbito público é possível e lícita, quando se fala em atividade-meio dos entes públicos, e que é feita através de licitação.

Além disso, existe uma discussão com relação à responsabilização da Administração Pública nos contratos terceirizados, entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho, bem como, do Supremo Tribunal Federal, estes que são divergentes, como veremos a seguir.

5 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Atualmente existe uma nova visão acerca da Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública na Terceirização de Serviços, decorrente de várias transformações que ocorreram na Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

A antiga redação da Súmula 331 do TST, em seu inciso IV, dizia que, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, a Administração Pública, como tomadora de serviços, possuía responsabilidade subsidiária no pagamento dos créditos. Dessa forma, a Administração Pública seria responsável pelas dívidas trabalhistas que a empresa interposta tinha com seus empregados.

Surgiram, por meio do referido inciso IV divergências acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, pois a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho alegava, no referido inciso, que a Administração Pública se responsabilizaria pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa terceirizada; já o artigo, 71, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos, afirmava que a Administração Pública não responderia pela inadimplência do contratado, com relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não podendo onerar o objeto de contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Diante desta controvérsia, questionava-se a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da referida Lei Federal. Por esse motivo, essa discussão foi levada para o Supremo Tribunal Federal para que se fosse discutido tal constitucionalidade.

Devido à Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, o STF reconheceu a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71, da Lei de Licitações, só admitindo a responsabilização do ente público nos casos em que forem comprovadas a sua culpa *in eligendo* e *in vigilando*, segundo Sergio Pinto Martins (2011, pg. 150), veja:

O STF declarou a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.10). Entretanto, admitiu que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in eligendo* e *in vigilando* do ente público, será possível a sua responsabilização e pelos encargos devidos ao trabalhador, já que, nesta situação, a administração pública responderá pela falta de cuidado. (MARTINS, 2011, pg. 150).

No mérito da ADC nº 16, foi julgada a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, conforme a seguinte ementa:

Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a Administração Pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente a automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impessoalidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/1993. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n.º 9.032, de 1995 (ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.2010).

Ainda, em decisão mais recente, o STF pacificou, sem ressalvas, entendimento no sentido de que não é cabível a responsabilização dos entes públicos, pelo pagamento de parcelas trabalhistas decorrentes de contratos administrativos, veja-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERIR PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A OBRIGAÇÃO DE PAGAR OS ENCARGOS TRABALHISTAS RESULTANTES DA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/1993 RECONHECIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF, Pleno, Rcl 12926 AgR / PR – PARANÁ, AG.REG. NA RECLAMAÇÃO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, publ. em 09.02.2012)

No tocante ainda à constitucionalidade do artigo, sendo comprovada a culpa do ente público, ele se responsabilizará pelos encargos que são devidos ao trabalhador, que nesta situação a administração responderá pela falta de cuidado. (MARTINS, 2011, pg. 150).

A Administração pública, ao contratar essas empresas prestadoras de serviços, faz essa contratação por licitação; dessa forma, se for feita por licitação, não existe culpa *in elegendo* e

in vigilando do ente público e assim a Administração Pública só responderia de forma subsidiária nos casos em que fosse comprovada a existência da culpa *in vigilando*, cujo ônus da prova deveria ser demonstrado pelo empregado. (MARTINS, 2011, pg. 151).

Sabe-se que a proteção do trabalhador é o princípio que serve de base e que orienta a criação de todos os princípios de defesa dos direitos e interesses do empregado, como o da norma mais favorável, o da imperatividade das normas trabalhistas e o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (DELGADO, 2010, pg. 183-184).

Assim, a proteção ao trabalhador norteia toda a criação do direito do trabalho, no sentido de proteger o hipossuficiente das relações de trabalho, que é o trabalhador.

Dessa forma, fazendo um paralelo entre esse princípio da proteção ao trabalhador com a constitucionalidade do art 71, § 1º, da Lei de Licitações e contratos, podemos verificar que o trabalhador em nenhum momento fica desamparado, ou seja, sem proteção nas relações de trabalho terceirizadas. Pelo contrário, o trabalhador nunca pode ser esquecido e ficar em último plano, tanto que a própria Lei, no referido artigo, fala que a Administração Pública responde se não tiver os devidos cuidados trabalhistas, que nesse caso seria o de fazer a devida fiscalização trabalhista, principalmente acerca do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Ainda com relação às obrigações trabalhistas do ente público, é importante ressaltar que os trabalhadores das empresas terceirizadas têm que prestar serviços destinados à atividade-meio, não podendo haver a subordinação nem a pessoalidade dos trabalhadores com o ente público. Com a falta dessas obrigações trabalhistas, o vínculo empregatício da Administração Pública com os empregados da terceirizada ficaria configurado.

No tocante a subordinação e a pessoalidade do trabalhador, como mencionado no parágrafo anterior, ficam configuradas a relação jurídica do empregado com a empresa tomadora de serviços, caso haja a existência desses dois elementos, Alice Monteiro de Barros (BARROS, 2010), expõe exatamente isso:

No **item III, a Súmula n. 331 do TST** limita-se a permitir que o usuário recorra ao contrato de natureza civil apenas quando se tratar de serviços de vigilância, conservação e limpeza, ou de serviços especializados, ligados à atividade-meio do tomador e, ainda assim, **desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta, pois, presentes esses dois pressupostos, a relação jurídica se estabelecerá com o tomador dos serviços. (grifos nossos).** (BARROS, 2010, pg. 454)

Mas o que não se pode esquecer é que não é em todos os casos que a Administração Pública é responsável pois, se ela tiver cumprido com o seu papel trabalhista, não será responsabilizada, e sim a empresa terceirizada. Mas aqui o que deve ser mostrado é que o trabalhador não fica desamparado em momento algum: quando o ente público não é responsabilizado, a empresa terceirizada é. Portanto, o que não pode ocorrer é a Administração ser culpada se tiver cumprido com o seu dever de maneira correta; por isso que a Lei de Licitações defende tanto o trabalhador como o ente público.

De acordo com Natália Arpini Lievore e Nayara Oliveira de Moura⁸, as modificações sofridas na redação da Súmula 331 foi feita após a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, vejamos:

O entendimento final do STF de que o artigo da lei em destaque é constitucional, dando provimento à ADC, decorreu da apreciação de várias correntes e apresentação de argumentos por parte da maioria dos ministros, que de forma sucinta defendiam a tese de que a Administração Pública não deveria ser responsabilizada subsidiariamente pela mera inadimplência da empresa interposta, pois a Lei proíbe tal fato, sendo que a Súmula visa proteger os empregados da atuação culposa da Administração Pública, acerca do seu dever de fiscalização dos contratos que celebra, incidindo neste caso culpa *in vigilando*, bem como culpa *in eligendo*, pois a escolha do empresário ou da sociedade empresária com quem se celebrará o contrato administrativo deve ser realizada de forma criteriosa.

As mudanças ocorridas na redação da Súmula, conforme preleciona Rogerio Neiva (2012, pg. 71), se deram-se a partir da decisão proferida pelo STF; por esse motivo o TST fez uma revisão jurisprudencial da mencionada Súmula 331, em maio de 2011, promovendo a sua alteração da mesma, colocando a responsabilidade da Administração Pública em um item específico, que é o item V, vejamos:

*Súm. 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (...) V- Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, **caso evidencie 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.** (NEIVA, 2012, pg. 71).*

⁸ http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6800

Segundo as autoras já citadas Natália Arpini Lievore e Nayara Oliveira de Moura, antes da alteração da referida Súmula do TST, o próprio TST já aplicava o entendimento assinado com a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei de Licitações:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO SEGUNDO RECLAMADO. ENTE PÚBLICO. TERMO DE PARCERIA FIRMADO NA ÁREA DA SAÚDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Configuradas as hipóteses que autorizam o trânsito do Recurso de Revista, dá-se provimento ao Agravo para determinar o seu processamento. RECURSO DE REVISTA DO SEGUNDO RECLAMADO. ENTE PÚBLICO. TERMO DE PARCERIA FIRMADO NA ÁREA DA SAÚDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NÃO CONFIGURAÇÃO. A responsabilidade subsidiária com fundamento na Súmula n.º 331 do TST ocorre quando há um contrato de prestação de serviços, figurando o Município como tomador dos serviços prestados pela Empresa contratante da mão de obra. Ora, tratando-se de Termo de Parceria, como consignado pelo Regional, não há falar em prestação de serviços e muito menos em responsabilização subsidiária, nos termos da Súmula n.º 331, IV, do TST. Recurso de Revista conhecido e provido. (Processo: RR - 2569-35.2010.5.06.0000 Data de Julgamento: 01/03/2011, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/03/2011.)

Ainda de acordo com as palavras de Natália Arpini Lievore e Nayara Oliveira de Moura, que diz que com a perda da proteção jurídica relativa ao direito da Súmula 331, o tema restou pacificado, veja:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CULPA -IN VIGILANDO- E -IN ELIGENDO-. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. ADC Nº 16-DF. Não caracterizada a conduta culposa do tomador dos serviços no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, nem sendo possível invocar a responsabilidade objetiva da Administração Pública, haja vista a decisão proferida pelo STF na ADC nº 16-DF, que declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não subsiste a condenação do Município como responsável subsidiário. Nos termos do item V da Súmula nº 331 desta Corte Superior, na redação aprovada pela Res. nº 174/2011, a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Dessa jurisprudência uniforme dissentiu o acórdão recorrido. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 430800-70.2009.5.09.0513 Data de Julgamento: 19/10/2011, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011)

RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16/DF. Esta Corte Superior, seguindo o entendimento

do Supremo Tribunal Federal na ADC-16, de caráter vinculante, editou o item V da Súmula 331, segundo o qual -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. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 5281-95.2010.5.06.0000 Data de Julgamento: 31/08/2011, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/09/2011.)

Assim, podemos verificar que, como a terceirização de serviços é um fenômeno recente das relações de trabalho, não tem uma lei específica que o regule, tendo somente a Súmula 331, que teve sua redação alterada por intermédio da Ação Declaratória de Constitucional nº 16.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, visualiza-se que a Terceirização na Administração Pública surgiu através do Decreto-Lei 200/1967, passando a admitir não só a forma de contratação direta dos trabalhadores pela Administração direta e indireta como também a de recorrer às atividades de execução indireta mediante contrato.

Questionava-se a terceirização de serviços na Administração pública por não existir o concurso público para a contratação dos serviços, mas o que se tem que lembrar é que ela é feita através da concorrência pública. O Estado, contrata esses serviços terceirizados para a prestação de serviços que não lhe são essenciais, transferindo esses serviços para empresas que tem essa finalidade.

Nesse contexto, a terceirização de serviços foi crescendo tanto nas empresas privadas como no âmbito público, necessitando, assim, de uma regulamentação específica, o que deu origem à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, com a criação da referida Súmula do TST, surgiu uma divergência entre ela e a Lei Federal n. 8.666/93, de Licitações e contratos. A primeira dizia que o ente público responderia subsidiariamente pela inadimplência da empresa terceirizada com os seus empregados, e a segunda que a Administração não responderia, com relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não podendo onerar o objeto de contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Por esse motivo, estavam questionando a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da aludida Lei de Licitações e contratos, a qual foi julgada pelo STF, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, garantindo, assim, a sua constitucionalidade. Devido a isso, a Súmula 331 do TST tivera que modificar a sua redação.

Atualmente, devido a mudança da redação da Súmula 331 do TST, a Administração Pública só responde de forma subsidiária caso a terceirizada não cumpra com os seus deveres trabalhistas, e a Administração não seja diligente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

A Administração Pública no caso da contratação de empresa terceirizada só responde de forma subsidiária se não cumprir com as suas devidas obrigações trabalhistas, como já mencionado, as quais seriam a de fazer a devida fiscalização trabalhista, de destinar as atividades-meio e não as atividades-fim do ente público para os trabalhadores da terceirizada e, por fim, não podendo haver a existência da subordinação e da pessoalidade dos empregados

com o ente público, dessa forma configuraria o vínculo empregatício dos trabalhadores com o a Administração.

Com essa nova visão do TST acerca da responsabilidade Subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços, o empregado não ficou desamparado em momento algum, uma vez que, o ente público responderá subsidiariamente caso seja negligente na regência do contrato e se não for, responderá a terceirizada pelos encargos trabalhistas.

Desse modo, conclui-se que o TST acertou ao atribuir à Administração Pública responsabilidade Subsidiária somente nos casos em que a mesma for negligente, uma vez, que não seria plausível condenar o ente público que adimpliu com suas obrigações nem tampouco deixar o trabalhador hipossuficiente sem respaldo algum.

6 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do Trabalho/ Alice Monteiro de Barros – 6. ed. rev e ampl. – São Paulo: LTr, 2010.

BARROS, Cássio Mesquita. A terceirização e a Possibilidade de Regulamentação (PL 1621/2007). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/terceirizacao-cesdes.pdf>>. Acesso em: 09 de novembro de 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

BRASIL. Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.271 de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2012.

BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 09 de novembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. Governador do Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. 24.11.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>. Acesso em: 09 de novembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 12926/PR. Relator Ministro Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2812926%2ENUM>>

E%2E+OU+129262CMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 de novembro de 2012.

CAMPOS, Liduína Araújo. Terceirização de serviços públicos. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1470>>. Acesso em: 19 de novembro de 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

CRUZ, Luiz Carlos Lima da. Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública Pelos Encargos Trabalhistas nos Contratos de Terceirização. <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2499248.PDF>>. Acesso em: 09 de novembro de 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho/ Maurício Godinho Delgado. – 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho/ Gustavo Filipe Barbosa Garcia. – 5ª. Ed., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIEVORE, Natália Arpini; MOURA, Nayara Oliveira de. A terceirização no âmbito da administração pública conforme nova redação da súmula 331 do TST. <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6800>. Acesso em: 19 de novembro de 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo. Editora Atlas S.A. – 2011.

MEIRELES, Maria Silva. A Terceirização. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/terceirizacao/1743/#ixzz29wfWrYRv>>. Acesso em: 15 de novembro de 2012.

NEIVA, Rogerio. Direito e Processo do Trabalho aplicados à administração pública e fazenda pública. Rogerio Neiva. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.