

## TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS POR DÍVIDAS TRABALHISTAS

**Artur Barbosa da Silveira<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Terceirização; 1.1. Histórico; 1.2. Conceito; 1.3. Terceirização lícita e ilícita; 1.4. Efeitos jurídicos; 2. Terceirização no âmbito da Administração Pública; 3. A responsabilidade subsidiária dos entes públicos por dívidas trabalhistas decorrentes de contratos de terceirização; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

**RESUMO:** A relação tripolar envolvendo o trabalhador, o tomador e o prestador de serviços surgiu da necessidade de modernização do trabalho, que tornou necessário maior dinamismo desses atores sociais.

O aumento do número de empresas terceirizadas gerou questionamentos, pois, para muitos, a terceirização é forma de burlar as normas trabalhistas, beneficiando indevidamente o tomador de serviços. Para outros, a terceirização é válida, pois a desoneração parcial dos encargos trabalhistas pelo tomador de serviços viabiliza a contratação de maior número de trabalhadores, criando mais emprego e renda à população.

Por sua vez, as terceirizações da atividade-fim e da atividade-meio da empresa podem se confundir, criando situações nas quais a impessoalidade e a não subordinação são desfeitas, havendo verdadeiro vínculo empregatício entre a empresa tomadora e o empregado.

A Constituição Federal de 1988 prevê a obrigatoriedade do provimento de cargos públicos por meio de concurso público, o que impede o reconhecimento do vínculo empregatício entre o empregado e o órgão público tomador do serviço.

No âmbito judicial, o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, assentado que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas em decorrência de contrato de terceirização depende da existên-

---

1 Procurador do Estado de São Paulo (PGE/SP), lotado na Procuradoria Regional da 1ª Região (PR1), Seccional de Guarulhos. Principais cargos públicos anteriormente exercidos: Advogado da União (AGU), Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Analista Processual do Ministério Público da União (MPU).

cia de uma específica e concreta atuação culposa do Poder Público na fiscalização do contrato administrativo.

A Justiça do Trabalho, em diversos julgados, vem adotando o posicionamento no sentido de que o simples inadimplemento da empresa prestadora é suscetível a responsabilizar a Administração Pública, mas o Tribunal Superior do Trabalho, em diversos acórdãos, tem afastado a responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelos débitos trabalhistas decorrentes de terceirização de mão de obra.

**Palavras-chave:** terceirização; serviço público; dívidas trabalhistas; responsabilidade subsidiária dos entes públicos.

## INTRODUÇÃO

A finalidade do presente artigo é debater, de forma sucinta e objetiva, o instituto da terceirização no serviço público, bem como os seus desdobramentos, mais especificamente no que tange à possibilidade ou não de responsabilização dos entes públicos, englobando as esferas federal, estadual e municipal, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, bem como os requisitos para que os entes públicos possam vir a ser responsabilizados.

O grande número de reclamações trabalhistas envolvendo contratos de terceirização, com inclusão da União, dos Estados-membros e dos Municípios no polo passivo da demanda, na condição de segundos reclamados, torna a questão de interesse público, evidenciando a necessidade da pacificação da jurisprudência acerca do tema.

A responsabilização dos entes públicos por dívidas trabalhistas, de forma genérica e indistinta, pelo simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada, revela-se ilegal e abusiva, devendo ficar evidenciada, no caso concreto, a existência de uma específica e concreta atuação culposa do Poder Público na fiscalização do contrato administrativo.

## 1. TERCEIRIZAÇÃO

### 1.1. Histórico

A doutrina de Martins<sup>2</sup> nos revela que o fenômeno da terceirização surgiu mundialmente a partir do início do século XX, consolidando-se no decorrer da

---

2 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Segunda Grande Guerra Mundial, em razão da conhecida “indústria das armas”, na qual os países aliados passaram a atuar em conjunto, fragmentando a linha de produção e especializando-se no produto principal, repassando a terceiros a realização das atividades acessórias.

No Brasil, a terceirização foi concebida a partir da metade do século XX, por meio do ingresso no mercado nacional das empresas multinacionais, que se concentraram na produção do seu objeto principal, delegando a terceiros as atividades secundárias, como limpeza e conservação.

Em razão dessa nova forma de relação entre o capital e o trabalho, foi necessário um sistema normativo específico, podendo ser citados, dentre outros, o DL 200, de 25/02/1967 (que traçou diretrizes regulatórias para toda a Administração Pública no âmbito federal), a Lei federal nº 5.645, de 10/12/1970 (que estabeleceu diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, além de outras providências), a Lei federal nº 6.019, de 03/01/1974 (que tratou do serviço temporário nas empresas urbanas) e a Lei federal nº 7.102, de 20/06/1983 (que regulou o serviço de vigilância bancária realizado por empresas terceirizadas), dentre outras.

Estabelecido o contexto histórico do fenômeno da terceirização, partiremos para o seu conceito.

## 1.2. Conceito

De acordo com Martins<sup>3</sup>, a terceirização consiste na contratação de terceiro para realizar uma atividade que não corresponda ao objeto principal da empresa, fornecendo o suporte necessário para que o empresário concentre forças para a realização da sua atividade-fim.

Para Delgado<sup>4</sup>, a terceirização é o fenômeno pelo qual se cria um vínculo de direito trabalhista, com triangularização dos envolvidos, quais sejam, o trabalhador, o tomador de serviços e a entidade interveniente.

A partir da doutrina, podemos definir a terceirização, portanto, como um instituto pelo qual se estabelece a relação trabalhista por meio de triangularização, por meio da delegação da atividade-meio a um terceiro.

3 MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit.

4 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.

### 1.3. Terceirização lícita e ilícita

Como dito acima, terceirizar licitamente consiste em transferir a terceiros as atividades que não constituam o objeto principal da empresa, ou seja, as atividades-meio, que, segundo a doutrina, são aquelas que ficam à parte do processo principal da empresa, pois não conseguem interagir corretamente com a dinâmica empresarial e devem atender a uma estrutura paralela que não crie dificuldades quando ocorrer mudança em sua estrutura ou composição.

Em geral, a terceirização lícita se manifesta por meio de serviços, tais como limpeza e vigilância, que, nos termos da Lei federal nº 7.102/1983, combinada com a Súmula 331, item III, do TST, não criam vínculo direto com o empregador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta, necessários à configuração do vínculo empregatício. Outro exemplo de terceirização lícita está presente no contrato temporário (Lei nº 6.019/74), quando da necessidade de substituir pessoal regular permanente que resulte em acréscimo de serviços.

A terceirização ilícita consiste no repasse, direto ou indireto, a terceiros, de atividades que constituam o fim da empresa.

Delgado<sup>5</sup> define a atividade-fim como o conjunto de 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.

É importante ressaltar, no ponto, que a fixação judicial de parâmetros para a identificação do que representa a atividade-fim de um empreendimento, do ponto de vista da possibilidade de terceirização, constitui tema a ser ainda discutido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713211, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal.

### 1.4. Efeitos jurídicos

Como efeitos jurídicos da terceirização, o Enunciado nº 331 da Súmula/TST prevê, no item I, uma sanção para o caso de terceirização ilícita, prescrevendo que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74).

---

5 DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit.

Os itens IV e VI da mesma Súmula, que pressupõem a licitude da terceirização, preveem que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial, sendo que tal responsabilidade abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

## 2. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pode-se dizer que o surgimento da terceirização na Administração Pública teve suas primeiras linhas traçadas no Decreto nº 200/67, que, embora não se utilize expressamente do termo “terceirização”, prevê a transferência a terceiros da realização material de tarefas executivas, *in verbis*:

Decreto-Lei nº 200/67:

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

[...]

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

A partir da década de 1980, a Administração Pública brasileira iniciou um longo processo de reforma, com vistas a reduzir o seu aparato administrativo e torná-lo mais eficiente e econômico, surgindo daí o fenômeno das privatizações, que, segundo Di Pietro<sup>6</sup>, compreendem, entre outros, a quebra de monopólios de atividades estatais, a delegação de serviços públicos a particulares e a terceirização das atividades acessórias da Administração.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o art. 37, XXI, autorizou a terceirização, ao prever que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, os serviços, as compras e as alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Prosseguindo, o Decreto federal nº 2271/1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pelos órgãos públicos, estabelece que, 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, tais como limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

O parágrafo 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) admitiu a terceirização no serviço público, entendendo que os valores dos contratos de terceirização que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão registrados como “outras despesas de pessoal”.

Posteriormente, nos anos de 2008 e 2009, foram editadas as Instruções Normativas nº 2, 3, 4 e 5, pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com o objetivo de suprir a ausência de legislação específica sobre planejamento e acompanhamento das contratações de serviços de terceiros pela Administração Pública, constatadas principalmente em decisões da lavra do Tribunal de Contas da União.

Ante o aparato legislativo acima mencionado, é de se concluir que a Administração Pública somente pode terceirizar se houver previsão em lei, além de ter que observar os princípios da eficiência e da economicidade, sob pena de ilegalidade e responsabilização do agente que praticou o ato.

Desse modo, podemos elencar, dentre outras, algumas formas de terceirização permitidas pela Administração Pública, tais como:

- (a) Arts. 1º e 2º da Lei nº 8.745/93: contratação temporária de servidores para atender à necessidade temporária e de excepcional interesse público, especialmente nos casos de calamidade pública, combate a surtos endêmicos, recenseamentos, admissão de professores substitutos ou visitantes,

atividades especiais nas organizações das forças armadas para atender à área industrial ou encargos temporários e serviços de engenharia;

- (b) Lei nº 8.987/95: concessão e permissão de serviços públicos; e
- (c) Arts. 199, § 1º, e 209 da Constituição Federal de 1988: execução de serviços de ensino e saúde pela iniciativa privada, como forma complementar à pública.

Quanto à possibilidade do surgimento de vínculo empregatício com a Administração Pública decorrente de terceirização, a Súmula nº 331/TST, item II, é categórica ao afirmar que *“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)”*, estendendo-se tal proibição às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme MS 21322-1/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

No ponto, ressalte-se que o princípio da primazia da realidade, emergente das leis e princípios do Direito do Trabalho, não pode se sobrepor à norma constitucional, que prevê a obrigatoriedade do concurso público. A ausência de formação de vínculo trabalhista com o Poder Público não afasta, todavia, a responsabilização dos administradores pelos respectivos atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição, e da Lei nº 8.429/92.

### **3. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS POR DÍVIDAS TRABALHISTAS DECORRENTES DE CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO**

Nos termos do art. 71, e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (Lei de licitações e contratos administrativos), com redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995, o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato, e eventual inadimplência do contratado àqueles encargos 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.

Por sua vez, na sessão do dia 24/11/2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal, em face da antiga redação do Enunciado 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, contrariando o disposto no parágrafo 1º do mencionado artigo 71,

responsabilizava subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

No acórdão do referido julgamento, ficou assentado que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas em decorrência de contrato de terceirização depende da existência de uma específica e concreta atuação culposa do Poder Público na fiscalização do contrato administrativo, tendo sido afastada a aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal ao caso.

A propósito, é importante transcrever a matéria noticiada no Informativo/STF nº 610, publicado em 03/12/2010, no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal:

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (“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.”) — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensejara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se, também, a diversas reclamações ajuizadas no STF e disse que, apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressaltando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão de obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 5

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que o Estado responderia por atos lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados. Vencido, parcialmente, o Min. Ayres Brito, que dava pela inconstitucionalidade apenas no que respeita à terceirização de mão de obra. Ressaltava que a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por

prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Salientou que esta significaria um recrutamento de mão de obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 05/01/2015.

Ainda de acordo com os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o julgamento acima não constituiu impedimento ao Tribunal Superior do Trabalho de reconhecer a responsabilidade do ente público, com base nos fatos de cada causa, pois o STF não pode impedir os Tribunais trabalhistas, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público.

A partir do julgado supra, o colendo Tribunal Superior do Trabalho promoveu alterações na Súmula nº 331, acrescentando o item V, conforme citamos abaixo:

[...] 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 nº 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.

A despeito da alteração sumular, não são raros os casos em que a Justiça do Trabalho, especialmente a primeira e a segunda instância, condenam a União e os Estados-membros subsidiariamente, em razão, única e exclusivamente, do inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela empresa terceirizada, ou seja, a condenação do ente público seria pautada na responsabilidade objetiva.

Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho, acertadamente, tem afastado a responsabilidade subsidiária da União e dos Estados, por não decorrer de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, devendo estar evidenciada pelas instâncias ordinárias a conduta culposa do ente público no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Nesse sentido, citamos os seguintes precedentes jurisprudenciais daquele Tribunal Superior, que, pela clareza das ideias, merecem a transcrição integral de suas ementas:

RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA Nº 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

1. A declaração de responsabilidade subsidiária do ente público sem a necessária demonstração de culpa *in vigilando* ou *in elegendo* da tomadora implica contrariedade à Súmula nº 331, V, do Tribunal Superior do Trabalho.

2. De conformidade com o Supremo Tribunal Federal, o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, declarado constitucional, veda o automático reconhecimento de responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, contratada mediante licitação (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF).

3. Caso em que a condenação subsidiária não decorre da configuração clara e expressa de conduta culposa do ente público, mas do simples inadimplemento de verbas trabalhistas pela prestadora de serviços.

4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Processo: RR - 100700-32.2009.5.01.0481 Data de Julgamento: 26/06/2013, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/08/2013. Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acesso em: 05/01/2015.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal),

ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: -SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. [...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem

subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 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. Na hipótese dos autos, além de não constar, do acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados (o que é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando*), verifica-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, consignou ter havido culpa do ente público, o que igualmente seria suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido.

Processo: AIRR - 37200-79.2009.5.02.0055 Data de Julgamento: 25/06/2013, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/08/2013. Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acesso em: 05/01/2015.

Assim, em respeito à decisão com efeitos vinculantes, proferida pelo Supremo Tribunal Federal e conforme os precedentes do Tribunal Superior do Trabalho acima referidos, a União, os Estados-membros e os Municípios devem ser isentados de qualquer responsabilidade quanto ao inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora, se não resultar provada, no caso concreto, a culpa *in vigilando* do referido ente público, não bastando mera presunção, cabendo ao reclamante comprovar a falta de fiscalização contratual e à Justiça do Trabalho verificar, caso a caso, se houve atitude negligente da Administração Pública.

É importante deixar assente, por fim, que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço constitui o tema nº 246, de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, tendo como *leading case* o Recurso Extraordinário RE nº 760.931/DF, relatora a Ministra Rosa Weber, ainda pendente de julgamento até a data da conclusão da elaboração do presente artigo (10/01/2015).

#### 4. CONCLUSÃO

Terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiros para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa, podendo

envolver a produção de bens, mas, principalmente, a prestação de serviços, como os de limpeza e vigilância.

A terceirização dos serviços públicos no Brasil foi impulsionada por meio das reformas neoliberais ao antigo aparelho do Estado, como veículo de racionalização dos recursos públicos, com vistas à eficiência e economicidade.

Nesse sentido, observa-se que o uso da terceirização se revela, em muitas hipóteses, uma importante ferramenta que possibilita que o Poder Público centre-se em suas atividades finalísticas, o que, em tese, poderia melhorar a qualidade dos serviços prestados à população, reduzir os gastos estatais e incentivar o desenvolvimento da iniciativa privada em relação às funções terceirizadas.

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16, foi um marco para a questão da responsabilização subsidiária da União e dos Estados decorrente de contratos de terceirização.

A partir do referido julgamento, passou-se a entender que tal responsabilização não decorre pura e simplesmente do inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, sendo necessária a comprovação concreta da omissão da Administração Pública na fiscalização do contrato de terceirização, que teve origem na licitação, sendo inadmissível, ainda, a inversão do ônus da prova em desfavor do ente público.

Desse modo, não se olvida que a Administração Pública pode vir a ser responsabilizada, mas somente quando tiver culpa pelos danos causados aos trabalhadores, por meio de conduta omissiva na fiscalização do contrato (culpa *in vigilando*), que inclui o acompanhamento do pagamento das obrigações trabalhistas, sendo ressalvado o direito do órgão público de acionar a empresa prestadora de serviços para se ressarcir dos prejuízos por ele suportados.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.