

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
URI - CAMPUS ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

MARCELO ARRUDA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

ERECHIM

2015

MARCELO ARRUDA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da URI Campus de Erechim, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Orientador: Evandro Dezordi

ERECHIM

2015

MARCELO ARRUDA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora

Nome completo do 2º Examinador

Nome completo do 3º Examinador

RESUMO

O presente trabalho trata da Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços, por meio do inadimplemento dos créditos trabalhistas devidos pela empresa contratada para com o empregado. Para o entendimento e aprofundamento do tema são abordados primeiramente, a origem da terceirização no mundo e no Brasil, seus conceitos, a diferenciação entre atividade fim e atividade meio. A seguir analisa-se a terceirização na Administração Pública, a legislação aplicável e a discussão sobre a terceirização da atividade fim proposta pelo Congresso Nacional. Por fim aborda-se os estudos sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, realiza-se um estudo a cerca das sumula 331 do TST, bem como uma análise das sentenças judiciais condenando os entes públicos diante da omissão na fiscalização dos contratos administrativos.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Súmula 331 TST. Responsabilidade Subsidiária.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 5 |
| 2 TERCEIRIZAÇÃO | 7 |
| 2.1 A TERCEIRIZAÇÃO NO MUNDO | 7 |
| 2.1.1 O Taylorismo e o Fordismo | 8 |
| 2.2 A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL | 11 |
| 2.3 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO | 12 |
| 2.4 ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO..... | 14 |
| 2.4.1 Atividade fim | 14 |
| 2.4.2 Atividade-meio | 15 |
| 2.5 AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO..... | 17 |
| 3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 20 |
| 3.1 CONCEITOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 20 |
| 3.2 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 20 |
| 3.3 CONGRESSO NACIONAL E A REGULAMENTA TERCEIRIZAÇÃO | 26 |
| 4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS | 30 |
| 4.1 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA..... | 30 |
| 4.2 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 31 |
| 4.3 FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO TERCEIRIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 35 |
| 4.4 DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 38 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 42 |
| REFERÊNCIAS | 45 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar o instituto da terceirização na Administração Pública. Em especial na possibilidade da responsabilização subsidiária do órgão público no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviço. Os objetivos serão analisar a terceirização de forma ampla, a terceirização nos órgãos públicos e a Administração Pública como responsável subsidiária na terceirização de serviços.

Atualmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, após a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.066/93, a Lei de Licitações, estabeleceu que a responsabilidade dos encargos trabalhistas é da empresa contratada e não transfere-se a Administração Pública esta incumbência, exceto quando da omissão na fiscalização contratual pelo Estado.

A decisão da Suprema Corte levou ao Tribunal Superior do Trabalho a dar nova redação a Súmula 331 que trata dos serviços terceirizados, seguindo a mesma linha de entendimento.

No entanto, mesmo que o Tribunal Superior do Trabalho tenha editado nova súmula sobre o assunto, não é raro em primeira e segunda instâncias encontrar decisões condenando os entes públicos a responderem subsidiariamente por estas obrigações.

Pretende-se analisar e avaliar as principais situações em que a Administração Pública é responsabilizada subsidiariamente nestes tipos de contrato, afim de auxiliar os seus agentes a não incorrerem nestes erros.

A terceirização teve origem nos Estado Unidos com a descentralização de algumas atividades em escritórios contábeis e jurídicos. O sistema de produção em escala criadas pelo Fordismo, Taylorismo e o pelo Toyotismo foram fundamentais para evolução da terceirização. No entanto, a legislação procurou limitar a

terceirização, para isto estabeleceu-se a distinção entre atividade fim e atividade meio da empresa, a qual a última somente poderia ser terceirizada.

Tendo em vista a evolução da terceirização na iniciativa privada, o Estado também observou que esta alternativa de descentralização de serviços poderia ser aplicada nos entes públicos. As tarefas de limpeza, transporte, conservação, custódia e outras assemelhadas foram as primeiras descentralizações através da terceirização utilizadas pela Administração Pública. O legislador preocupou-se em limitar que o gestor não terceiriza-se atividades inerentes do Estado ou previstas nos planos de cargos deste.

A terceirização quando não utilizada de forma correta pelo Estado pode gerar a responsabilidade subsidiária do ente público, em especial das obrigações trabalhistas, quando o prestador do serviço não cumpre com estas. Após inúmeras condenações e jurisprudências sobre o tema, o Governador do Distrito Federal, ingressou com Ação de Declaração de Constitucionalidade do Art. 71 da Lei 8.666, a qual foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. A partir de então o Tribunal Superior do Trabalho reeditou a Súmula 331 que rege a terceirização, o qual a Administração Pública somente seria responsabilizada subsidiariamente quando não fiscaliza-se o prestador de serviço.

Neste sentido os entes públicos editaram normativas afim de regradar a fiscalização dos contratos terceirizados, buscando evitar a responsabilização. No entanto ainda verifica-se a dificuldade dos funcionários públicos designados para este fim, em cumprir os procedimentos de fiscalização dos contratos.

O estudo será desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se do método de abordagem indutivo e de procedimento analítico descritivo.

2 TERCEIRIZAÇÃO

2.1 A TERCEIRIZAÇÃO NO MUNDO

A terceirização iniciou-se na Segunda Guerra Mundial através das indústrias bélicas afim de aumentar sua produção, verificaram que poderiam delegar a terceiros parte da produção para atender a demanda.

De acordo com Padoan (2015), a origem da terceirização tem-se conforme relatos históricos início nos Estados Unidos assim descritos:

Comenta-se que a terceirização de mão-de-obra de caráter temporário originou-se nos Estados Unidos da América do Norte, quando o advogado Winters, tendo necessidade de apresentar à Corte Suprema 120 laudas datilografadas e sua secretária encontrando-se doente, comentou o problema com um seu colega, que indicou uma antiga secretária, que já não mais exercia suas atividades, dedicando-se exclusivamente às atividades domésticas. Esta secretária decidiu aceitar a tarefa, ganhando, dessa forma, um dinheiro extra. Datilografou o recurso de 120 laudas, o qual foi entregue por Winters à Suprema Corte Americana, tempestivamente. Este causídico resolveu fundar uma empresa fornecedora de mão-de-obra temporária, objetivando realizar trabalhos inesperados e de curta duração, nascendo a Man Power, que atualmente possui mais de 500 escritórios distribuídos ao redor do Mundo.

A terceirização teve origem na Revolução Industrial, segundo Lacombe (2009, p. 301):

Desde o início da Revolução Industrial era comum a contratação de escritórios de contabilidade e de serviços jurídicos, que caracterizam um processo de terceirização em pequena escala e algumas empresas terceirizavam outros serviços ou compravam peças de terceiros.

Lacombe (2009, p. 301), ainda em seu estudo, mostra que os Estados Unidos foram os pioneiros na terceirização:

Nos Estados Unidos, a terceirização tomou grande ímpeto durante a Segunda Guerra, em virtude da necessidade de um aumento muito rápido na produção, especialmente no que se refere às especificações dos ajustes e das tolerâncias das medidas das peças de precisão, uma vez que eram fabricadas em lugares diferentes e precisavam se ajustar umas às outras sem retrabalho.

A terceirização de pequenas atividades conforme relata a história foram o marco inicial desta alternativa de produção.

2.1.1 O Taylorismo e o Fordismo

No início do século XX existiam duas formas de organização de produção, que buscavam maximizar a produção e os lucros, tratava-se do Taylorismo e o Fordismo.

De acordo com Druck (2001, p. 40), estes procedimentos de produção são:

Parte-se, em primeiro lugar, de que o taylorismo e posteriormente o fordismo conformaram novas culturas do trabalho que têm, como ponto de partida, as relações estabelecidas no espaço fabril – no processo de trabalho-, onde se impõe determinadas relações de poder, enquanto expressão de um novo momento de reordenação das forças sociais e políticas na sociedade capitalista.

O Taylorismo para Neto (1986) entende-se como:

[...] a ideia do taylorismo; é o controle de todos os passos do trabalho vivo, controle de todos os tempos e movimentos do trabalhador, claro que de forma necessariamente despótica. Em poucas palavras a transformação do homem em máquina, e não utilização da máquina.

Este modelo de produção para ter sucesso conforme propunha Taylor, é assim descrito por Druck (2001, p. 47):

[...] tinham um conteúdo fortemente autoritário e, na sua essência, um poder de aplicação sustentando muito mais na força e na coerção e muito menos no convencimento e na busca da adesão dos trabalhadores. Somente quando os salários começam a ser transformados, efetivamente, num instrumento atrativo é que se pode afirmar sobre uma aceitação maior do taylorismo por parte dos trabalhadores e seus sindicatos.

O fordismo é a amplificação do taylorismo, Neto (1986) afirma que “fordismo é um desenvolvimento da proposta de Taylor; nada mais é do que a utilização de elementos objetivos do processo, de trabalho morto, para objetivar o elemento subjetivo, o trabalho vivo”.

Druck (2001, p. 49), expõe que o fordismo para prosperar precisava:

O “império Ford”, para se estabelecer, precisou combinar o uso da tecnologia – a linha de montagem -, indissolavelmente ligada à gerência racional do trabalho, que exigiu a destruição do sindicalismo, em especial daquele que representava os “proprietários de ofícios qualificados”, com formas atrativas de compensação aos trabalhadores, como os salários mais altos do que a média paga no mercado e benefícios sociais até então inexistentes.

Contudo, com a crise do Estado de Bem-Estar Social e o surgimento do neoliberalismo, o mercado de trabalho, que se utilizava amplamente dos sistemas taylorismo/fordismo, se viu diante da insuficiência dos seus modelos de produção para a consecução do seu lucro, passando a exigir ainda mais dos seus empregados, com o surgimento de um novo modelo de produção, o toyotismo.

Nos anos 70 a terceirização passa a ter mais importância, conforme Pochmann (2008) relata:

A emergência do sistema japonês de manufatura (toyotismo) tem permitido maiores ganhos de produtividade, como aqueles que em 1980 permitiam a *Toyota* produzir 69 carros por trabalhador, enquanto a *General Motors* somente alcançava 9 carros por trabalhador. Esse diferencial de quase 8 vezes na produtividade do trabalho estava diretamente relacionado ao processo de terceirização (sistema de subcontratação de atividades especializadas), que permitia a *Toyota* produzir mais automóveis com menos empregados diretamente contratados, embora dispusesse de uma rede com mais de 150 empreendimentos associados a trabalhadores indiretamente contratados.

As empresas passaram a ter como meio de produção principal o toyotismo, fazendo uso do modelo fordista apenas em pequenas etapas da sua cadeia de produção. Agora, elas, preocupadas em conseguir maior ganho de capital, preferiam diminuir os seus efetivos de trabalhadores e passaram a contratar empresas terceirizadas que fabricavam produtos com pouco valor agregado.

Para Martinez (2014, p. 262) “o declínio do modelo **taylorista/fordista**” criou uma nova concepção dos processos de produção o qual aborda em sua obra:

Surgiu um novo padrão organizacional, intitulado de **toyotismo**. A produção em massa foi abandonada, emergindo, em nome da redução de custos, a ideia de produção vinculada à demanda. Os trabalhadores dedicados à atividade-fim – objeto social do empreendimento – passaram a ser estimulados por mecanismos de competição: suas retribuições seriam mais elevadas na medida em que alcançassem ou superassem metas preestabelecidas. Aqueles operários que não se adaptavam ao novo ritmo eram dispensados e, mediante novas contratações, realocados em outras empresas para realizar atividades-meio, ou seja, atividades secundárias ou instrumentais da atividade-fim.

Viana (2003) descreve o que representou a mudança do toyotismo nos meios de produção:

Em linhas gerais, talvez se possa dizer que o sistema passou a trabalhar com a lógica inversa. Em vez de incluir, excluir - empregados, direitos, políticas sociais, etapas do processo produtivo. Como um vulcão que vomita lava e fogo, a fábrica passou a jogar para fora tudo o que não diz respeito ao foco de suas atividades. Em certos casos, jogou-se ela própria para fora, descartando sua natureza de fábrica.

Mas esse movimento de exclusão - que se acentua - traz embutido um movimento contrário, de reinclusão, pelo qual a fábrica (ou a ex-fábrica) de certo modo retoma algumas das antigas atividades, trabalhadores e máquinas.

Martinez (2014, p. 262), em sua obra afirma “o declínio do modelo taylorista/fordista de organização do trabalho foi motivado uma concepção flexibilizadora dos processos produtivos”.

Com o surgimento do Toyotismo, iniciou-se um novo processo empresarial de produção.

Empresas centrais concentraram seus esforços na contratação de trabalhadores qualificados para a operação e fiscalização do processo produtivo final. Essas empresas periféricas associaram-se às empresas centrais e, mediante um processo que se convencionou chamar de terceirização, assumiram o papel de provê-las no que diz respeito aos serviços meramente instrumentais.

A evolução dos processos de produção permitiram a evolução e o aprimoramento da terceirização.

2.2 A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

O processo de terceirização no Brasil também passou a tomar importância com industrialização automobilística. Lacombe (2009, p. 301) descreve:

No Brasil, a terceirização aumentou muito a partir da implantação da indústria automobilística. As montadoras de veículos sempre compraram peças de fornecedores autônomos e, desde o início, contratara concessionárias para as vendas, a distribuição e a assistência técnica.

Para Padoan (2015) o histórico da terceirização no Brasil é constatado na legislação o qual começou a regulamentar atividades terceirizáveis, a qual descreve:

Porém somente ao final da década de 1960, que a terceirização foi instituída com mais destaque pelo ordenamento jurídico, essa referência só se aplicava ao setor Público do mercado de trabalho, conforme versava o Decreto-Lei nº 200/1967 e a Lei nº 5645/1970.

Em meados da década de 70 através do diploma normativo da Lei nº6. 019 de 1974, que trata da Lei do Trabalho Temporário, estendeu a terceirização para o campo privado da economia. Posteriormente a Lei 7102/83 autorizou-se a terceirização do trabalho de vigilância bancária e transporte de valores.

Para Viana (2011) a partir de 1980 a legislação brasileira impulsionou a terceirização, o qual relata a evolução em seu artigo:

Nos anos de 1980, as empresas passaram a adotar, com maior recorrência, práticas toyotistas de gestão em seus quadros administrativos, com destaque para o complexo automobilístico.

O processo de terceirização trabalhista foi especialmente impulsionado, neste mesmo período, com a edição da Lei nº 7.102/83, que autorizou a terceirização de serviços de vigilância patrimonial e de transporte de valores (art. 3º).

Em 1986, o TST aprovou o Enunciado nº 256, por meio do qual restringiu as hipóteses de terceirização lícita para os casos de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e serviços de vigilância bancária (Lei nº 7.102/83). Não houve manifestação quanto à possibilidade de terceirização de serviços na Administração Pública.

Assim dispôs o Enunciado: “[...] Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

A década de 1990 adotou, em grande medida, o toyotismo enquanto prática de gestão empresarial, incorporando os programas de qualidade total e de terceirização trabalhista em praticamente todos os setores da economia privada. Também no setor público a terceirização de serviços expandiu-se sistematicamente.

A legislação brasileira e a jurisprudência buscaram regradar a terceirização na atividade privada, e também o seu cabimento na Administração Pública afim de auxiliar nas atividades meio do Estado.

2.3 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é definida por Basso (2008), como:

Numa tradução livre, todas as atividades fundamentais para o funcionamento de uma empresa e os processos tradicionalmente internos da mesma, mas que não representam o coração do negócio, podem ser terceirizados à gestão de organizações externas especializadas, permitindo, assim, à firma, valorizar sua própria competência distintiva, concentrando-se na atividade de maior valor agregado, contendo os custos e obtendo os serviços e produtos necessários ao seu desenvolvimento. A isto se chama terceirização.

Este fenômeno que surgiu na iniciativa privada também é compreendida por Pimenta (2011) em seu artigo, o qual cita:

[...] a ideia básica do fenômeno jurídico da terceirização consiste exatamente em distingui-lo da relação empregatícia clássica (que é bilateral, entre empregado e empregador). Nas clássicas palavras do Ministro Mauricio Godinho Delgado, a terceirização “é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente”

Para Lacombe (2009, p. 300) a terceirização é assim definida:

É transferir para outras empresas, mediante contrato, atividades não essenciais da empresa. A essência da terceirização é o fato que a empresa não executa essas atividades com seus empregados, mas com empregados das empresas contratadas para esse fim. Os empregados dos contratados podem trabalhar dentro ou fora das instalações do contratante. Inclui também a compra de peças, conjuntos de peças, componentes e produtos para serem incorporados ao produto oferecido aos clientes.

Em estudo realizado pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos – DIEESE (2003), a compreensão do conceito de terceirização nada mais é que:

O termo terceirização usado no Brasil não é uma tradução, mas o equivalente ao inglês *outsourcing*, cujo significado literal é *fornecimento vindo de fora*. Em português, é possível que terceirizar tenha como origem a ideia de um trabalho realizado por terceiros, no sentido amplo em que se usa a expressão como referência a algo feito por outros.

Por fim, Martinez (2014, p. 262) afirma que, diante do histórico do tema, o conceito de terceirização é:

Uma técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, visando concentrar esforços em sua atividade-fim, contrata outra empresa, entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços meramente instrumentais, tais como limpeza, segurança, transporte e alimentação.

2.4 ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO

2.4.1 Atividade fim

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT, 1945), no seu artigo 581, §2 dispõe o que se entende por atividade fim:

Art. 581. [...]

§ 1º [...]

§ 2º Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional. (*grifo nosso*)

Para Martinez (2014, p. 263) atividade-fim de uma empresa é assim definida:

A atividade-fim deve ser entendida com a tarefa intimamente relacionada ao objetivo social da empresa, normalmente identificado em seus estatutos constitutivos. Assim, pode-se afirmar que atividade-fim de uma escola é a prestação de ensino e de planejamento didático da educação. Seguindo o mesmo raciocínio, a atividade-fim de um banco é a intermediação de capitais por meio de diversas operações financeiras, e a de uma siderúrgica é a metalurgia do ferro e do aço.

Como observa-se a terceirização visa repassar atividades que não são essenciais da empresa a terceiros, Lacombe (2009, p. 302) descreve “a empresa não perde tempo em aprender e administrar atividades que não são de seu interesse.”

No relatório elaborado pelo DIEESE (2003) é compreendido atividade fim como:

Atividade-fim é aquela que faz parte do processo específico de produção do bem ou do serviço que é a razão de ser da empresa. Por exemplo, a produção dos motores destinados a veículos produzidos em uma montadora de veículos. As atividades-fim podem ser executadas pela própria empresa ou podem ser terceirizadas.

A Lei de Licitações em seu art. 6º, inc. II, da Lei nº 8.666/93, classifica os serviços relacionados à Administração Pública compreendidos como atividade-meio:

Art. 6º - [...]

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

A terceirização é permitida pela legislação atual vigente, mas desde que não seja atividade-fim da empresa.

2.4.2 Atividade-meio

Para Martinez (2014, p. 263) atividade-meio de uma empresa é assim compreendido,

Como aquela que se presta meramente a instrumentaliza, a facilitar o alcance dos propósitos contratuais sem interferir neles. Nesse âmbito encontram-se, consoante mencionado, as atividades de limpeza, de conservação, de vigilância, de telefonia, de suporte em informática, de fornecimento de transporte, de fornecimento de alimentação, de assistência contábil, de assistência jurídica, entre outras que auxiliam na dinâmica do empreendimento, assim que não estão diretamente relacionadas ao objeto central da empresa.

A atividade-meio para o DIEESE (2003), em seu relatório técnico é assim definido,

Atividade-meio é aquela que faz parte do processo de apoio à produção do bem ou do serviço que é a razão de ser da empresa. Por exemplo, a limpeza da fábrica em uma montadora de veículos. As atividades-meio podem ser executadas pela própria empresa ou podem estar terceirizadas.

O enunciado da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho no seu inciso III, trouxe uma nova compreensão ao tema da terceirização em comparação aos dispositivos anteriores, permitindo a terceirização para atividades-meio da empresa tomadora, o qual assim expressa:

Súmula nº 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 .

I – [...]

II – [...]

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. (*grifo nosso*)

IV – [...]

V – [...]

VI – [...]

A Súmula citada reorganizou e balizou a terceirização de atividade-fim, todavia ampliou o leque de atividades que podem ser terceirizadas.

O Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula 331 considera lícita a terceirização praticada na atividade-meio, mas não a estabelece e nem restringi a atividade da empresa, ou seja, a atividade-fim, ficando a cargo desta definir sobre esse precedente.

No entanto a atividade-fim em virtude do avanço tecnológico e econômico, poderá se transformar em atividade-meio e conseqüente atividade acessória, tema que vem sendo discutido no Congresso Nacional.

2.5 AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

Este processo que visa a transferir atividades que não são essenciais para a empresa, ou seja, para terceiros, possui vantagens.

Lacombe (2009, p. 302) cita as principais vantagens da terceirização:

- diminui os riscos, com a redução dos custos fixos.
- tende a reduzir os problemas administrativos: a empresa compra bens e serviços em especialistas e concentra-se na sua atividade principal. Ao escolher os especialistas que lhe vão prestar serviços, pode escolher os que mais lhe convêm, não só em termos de custo como, principalmente, em termos de qualidade dos serviços prestados.
- reduz o pessoal da empresa e, em consequência, os custos trabalhistas e previdenciários, bem como os benefícios voluntários.
- permite um “enxugamento” na estrutura da empresa
- concentra todos os esforços na especialidade da empresa.
- a permanente concorrência entre as empresas terceirizadas permite uma redução de custos globais, uma vez que os salários não podem ser reduzidos, mas os contratos com outras empresas podem ser firmados em bases mais vantajosas.

As vantagens da terceirização também são apontadas no artigo científico de Estender (2015) assim descritas:

Quando se adota a terceirização, a empresa concentra seus esforços em uma só área produtiva, no que é especializada, melhorando assim a qualidade do produto ou serviço e sua competitividade. Entretanto, pretende-se uma redução de custos, principalmente dos custos fixos,

transformando-os em custos variáveis, no caso de se terceirizar atividades de que não adicionam valor ao produto final, que variam em função da necessidade da empresa, enquanto os custos fixos determinam os riscos operacionais da empresa, ou seja, o nível de sua alavancagem operacional;

A terceirização também conta com algumas desvantagens a qual é elencada por Lacombe (2009, p. 304):

1. Dependendo da atividade terceirizada, a empresa pode perder controle sobre fatores de produção importantes, inclusive com cessão de know-how e know-why
2. O controle de qualidade, às vezes, só é feito no final do processo, criando algumas dificuldades para manter um padrão elevado em alguns casos.
3. Se os contratos não forem bem feitos, ou se a empresa que terceiriza não tiver alto poder de barganha, ela pode ter maior dificuldade para controlar os prazos de produção, qualidade, custos, etc.
4. O processo produtivo costuma gerar algumas sobras e sucatas, que podem ser vendidas, gerando alguma receita adicional.
5. Se a empresa não tiver alto poder de barganha sobre os terceirizados, ela pode ter dificuldade para aumentar a produção rapidamente.
6. A existência de margens líquidas interempresas e de impostos em cascata podem aumentar os custos.

Outro risco da terceirização apontado por Estender (2015), está na própria Consolidação das Leis do Trabalho quando a terceirização é implantada de forma incorreta o qual explica:

O principal é acerca do vínculo empregatício caracterizado nos art. 2º e 3º da CLT, que diz, “é empregado àquele que tem com o contratante uma relação de pessoalidade, habitualidade, onerosidade que se traduzem em subordinação e dependência”.

De acordo com Lacombe (2009, p. 308) “três em cada dez empresas industriais dos Estados Unidos terceirizam mais da metade de sua produção”.

O processo de terceirização é um processo difundido mundialmente que permite competitividade entre as empresas e a redução de custos, pois a empresa repassa para terceiros a realização de atividades que não são seu objeto principal.

3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 CONCEITOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A compreensão do conceito de Administração Pública permite o melhor entendimento da sua finalidade, bem como a terceirização auxilia o Estado na execução de seu objeto.

Para Di Pietro (2014, p. 55) a Administração Pública é assim conceituada:

Em sentido objetivo, a Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde à função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo.

Meirelles (2014, p. 66) estabelece o conceito de Administração Pública como:

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

3.2 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização no âmbito da Administração Pública tem o mesmo conceito do direito do trabalho.

Di Pietro (2014, p. 361) apresenta a definição de terceirização na esfera pública:

O conceito é o mesmo para a Administração Pública que, com muita frequência, celebra contratos de empreitada (de obra e de serviço) e de fornecimento com fundamento no artigo 37, XXI, da Constituição, observadas as normas da Lei nº 8.666/93. Trata-se da execução indireta a que se referem os artigos 6º, VIII, e 10.

Cada vez que Administração Pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela esta terceirizando.

Segundo Oliveira (2012, p. 37) “a terceirização envolve a contratação de empresa privada (interposta pessoa) para prestação de serviço à Administração”.

De acordo com Viana (2011) a regulamentação da terceirização no serviço público ocorreu no final da década de 1960, por meio do Decreto Lei nº 200/60 conforme cita:

A partir do primeiro marco legislativo sobre a contratação de serviços no âmbito da Administração Pública, foi autorizada a descentralização administrativa de tarefas auxiliares do Estado para a iniciativa privada, por meio do art. 10, § 7º, do DL nº 200/67, que prescreve:

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 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.

No entanto o dispositivo em sua leitura não estabelecia limites quanto as atividades que podiam ser terceirizadas, deixando o termo tarefas executivas, em sentido amplo.

A lei 5.645 (BRASIL, 1970), veio para delimitar a contratação indireta no serviço público. Viana (2011, -) cita em seu artigo a regulamentação que esta legislação trouxe:

Em seu art. 3º, parágrafo único, a Lei nº 5.645 discriminou os serviços passíveis de contratação pela via indireta e restritivamente às entidades com personalidade jurídica de Direito Público, nos seguintes termos: As

atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do DL nº 200 [...]. (Lei nº 5.645/70, art. 3º, parágrafo único).

Desta forma limitou-se que Administração Pública não poderia terceirizar atividades-fim, somente o rol de atividades elencadas e lançadas no art. 3º da Lei 5.645/70, ou seja, somente nas atividades-meio do Estado.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), no seu artigo 37, inciso XXI, previu que a Administração Pública Direta e Indireta poderia executar de forma indireta, ou seja, terceirizar as seguintes situações:

Art. 37 – [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e 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.

No ano de 1997 foi editado o Decreto nº 2.271 (BRASIL, 1997), em substituição à revogada Lei nº 5.645/70, para regulamentar o disposto no § 7º do art. 10 do DL nº 200/67. No seu artigo 1º assim estabeleceu:

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, 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 de 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.

A redação deste decreto estabelece ao Estado quais as atividades que poderiam ser terceirizadas, elencando no art. 1º, § 1º, os serviços que poderiam ser objeto da execução indireta.

Este decreto nº 2.271/97 (BRASIL, 1997) ainda previu no seu artigo 4º:

Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:
[...]
II – Caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra.
[...]
IV – Subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.”

Viana (2011) cita jurisprudência do Tribunal de Contas da União que proíbe terceirização de mão-de-obra de atividade-fim:

A jurisprudência do TCU, por meio da Decisão nº 25/00, proibiu a terceirização de serviços na Administração Pública em relação às “categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade”. (BRASIL, 2000).

O parágrafo 1º do art. 18 da Lei Complementar 101/2000 (BRASIL, 2000), mais conhecida com a 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.

Art. 18- [...]
§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

No entanto esta permissão é somente para as contratações temporárias de servidores nos casos previstos em lei. Foi no ano de 1993, de acordo com a DIEESE (2007, p. 26), que iniciou este processo de regulamentação:

A despeito do uso recorrente em algumas esferas nacionais, por muitas décadas, foi também em 1993, através da Lei 8.745, de 1993, que se regulamentou ou se legalizou a adoção do contrato por tempo determinado na administração pública, sem requisito de concurso público. Sua adoção foi uma forma de atenuar situações excepcionais e temporárias, tais como calamidade pública, professores substitutos, combate a surtos endêmicos, recenseamento, entre outros fatores.

De acordo com Silveira (2013), a União editou legislações afim de aprimorar a fiscalização dos contratos de terceirização:

Nos anos de 2008 e 2009, foram editadas as Instruções Normativas de número 02, 03, 04 e 05, 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 do Tribunal de Contas da União.

O art. 6º, da Instrução Normativa nº 02/2008 (BRASIL, 2008), da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, estabelece a sua finalidade na regulamentação da terceirização na Administração Pública:

Art. 6º Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

No artigo 7º da referida Instrução Normativa nº 02/2008 (BRASIL, 2008), também reitera as atividades que preferencialmente deverão ser terceirizadas:

Art.7º 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.

§ 1º Na contratação das atividades descritas no caput, não se admite a previsão de funções que lhes sejam incompatíveis ou impertinentes.

§ 2º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632/98.

O artigo 9º da Instrução Normativa 02/2008 (BRASIL, 2008), elenca as atividades que são vedadas a contratação indireta, ou seja, a terceirização:

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

- a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;
- b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;
- c) atos de inscrição, registro ou certificação; e
- d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

De acordo com Oliveira (2012, p. 37) em sua obra reafirma o entendimento sobre a vantagem da terceirização na Administração Pública, conforme segue:

A principal vantagem da terceirização tem relação com a eficiência administrativa, tendo em vista que a prestação de serviços instrumentais (atividades-meio) por empresa privada especializada permite que a Administração concentre sua atenção na prestação de atividade-fim.

A utilização da terceirização na Administração Pública é permitida e deve ser utilizada. A legislação limita a sua utilização afim de permitir ao Estado o repasse

para a iniciativa privada somente das atividades não essenciais. Tal medida permite ao ente público focar no seu fim específico o qual foi criado.

3.3 CONGRESSO NACIONAL E A REGULAMENTA TERCEIRIZAÇÃO

O Congresso Nacional nos últimos anos vem tentando regulamentar a terceirização no Brasil devido há falta de parâmetros no regramento geral da terceirização. O autor Basso (2008) já abordou sobre o tema em seu artigo:

“Todavia, há diversos projetos de lei em andamento no Congresso, dentre eles o PL 4.302/98, aprovado com alterações pela Comissão de Trabalho, no final de outubro de 2008, estando com o texto pronto para votação em Plenário, aguardando, apenas, Parecer da CCJ, projeto esse que já houvera sido aprovado no Senado; PL 3.859/00, autor Coriolano Sales, PMDB/BA, relatora Deputada Dra. Clair, visando o enquadramento do empregado que atue como correspondente bancário no art. 224 da CLT; o PL 1.621/07 do Deputado Vicentinho (PT/SP) e o PL 4.330/04 do Deputado Sandro Mabel (PR/GO).

”

No entanto esta pauta vem sendo postergada pelos Congressistas devido a complexidade do tema, em especial sobre os limites da terceirização. A legislação vigente e as jurisprudências dos Tribunais somente permitem a terceirização da atividade-meio da empresa ou do Estado.

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual será abordada no capítulo seguinte, vem regulando, balizando e limitando a terceirização no Brasil.

No ano de 2001 em ação civil movida pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Extração da Madeira e Lenha de Capelinha e Minas Novas, contra a empresa Celulose Nipo Brasileira S/A, ocorreu decisão da Justiça do Trabalho condenando esta a se abster de contratar terceiros para sua atividade-fim. Inconformada a empresa recorreu os STF através de um Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 713211), o qual o ministro Luiz Fux reconheceu repercussão geral da matéria:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. **CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM.** POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

(ARE 713211 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 15/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014)

Em reportagem da British Broadcasting Corporation - BBC devido as inúmeras ações trabalhistas envolvendo a terceirização, levaram ao Supremo Tribunal Federal, pautar o tema como de repercussão geral, conforme relato de Barrucho (2015, -):

No ano passado, o STF (Supremo Tribunal Federal) decidiu entrar na polêmica, ao declarar o tema de repercussão geral, em meio à multiplicação de ações civis públicas ajuizadas pelo MPT (Ministério Público do Trabalho) envolvendo indenizações milionárias. O julgamento não ocorreu e está previsto para acontecer em 2015.

Frente a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em regulamentar a terceirização, o Congresso Nacional inicialmente pela Câmara dos Deputados debateu e apreciou em plenário no dia 08 de abril de 2015, o Projeto de Lei 4330/04 (BRASIL, 2004) que tem a seguinte ementa “Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes.”

O projeto de lei foi aprovado por maioria na Câmara dos Deputados e encontra-se no Senado Federal para apreciação. O principal ponto aprovado que gera polemica é a possibilidade da terceirização da atividade fim.

Para Pastore (2015) o Projeto de Lei é um avanço para o Brasil conforme expõe:

Os parlamentares agiram de forma muito construtiva ao aprovar a terceirização para qualquer atividade. Logo após, porém, intensificou-se uma verdadeira batalha campal contra a permissão da terceirização para as atividades-fim. Alguns dizem que isso levará as empresas a terceirizar todas as suas atividades, outros argumentam que essa permissão provocará desemprego, há ainda os que veem pela frente uma deterioração salarial.

Os defensores da terceirização da atividade fim justificam que não ocorrerá uma terceirização desenfreada da atividade principal da empresa, Pastore (2015) aborda melhor o tema:

Nenhuma empresa tem vantagem em terceirizar tudo. Há funções que jamais serão terceirizadas. Por exemplo, os bancos não vão terceirizar os caixas das agências, tendo em vista a estreita relação que eles tem como os clientes e o acesso às suas contas bancárias. Nem uma siderúrgica vai terceirizar os que supervisionam os altos-fornos e os laminadores, porque sua operação exige grande familiaridade com os equipamentos e requer a confiança do empresário.

Pedruzzi (2015) entrevistou a gerente executiva da Confederação Nacional da Indústria (CNI), Sylvia Lorena, que defende a regulamentação da terceirização:

A jurisprudência consolida entendimento de que só pode ser terceirizada a atividade-meio, mas não há doutrina ou conceito certo sobre o que vem a ser atividade-meio ou fim, e essa ausência resulta em conflitos judiciais trabalhistas. Por exemplo: uma indústria de suco tem como atividade-fim plantar e colher o fruto? Há entendimentos que sim e de que não.

Por outro lado os críticos a esta medida da regulamentação da terceirização da forma como foi aprovada na Câmara dos Deputados, afirmam que irá prejudicar os trabalhadores. Barrucho (2015) apresenta em sua reportagem alguns pontos criticados:

No caso de um banco, por exemplo, a mudança permitiria que bancários – de operadores de caixa a gerentes, ou seja, aqueles que desempenham atividade-fim nessas instituições - passem a ser terceirizados. Atualmente, nessas empresas, apenas trabalhadores como seguranças ou faxineiros podem ter esse tipo de contrato, pois exercem atividade-meio, já que a atividade principal de um banco não é fazer segurança tampouco faxina. Os críticos dizem, no entanto, que a flexibilização dos contratos "precariza as relações de trabalho". Eles também argumentam que, ao serem empregados como terceirizados, os trabalhadores perdem os benefícios conquistados pela categoria, como, por exemplo, piso salarial maior, plano de saúde, vale-alimentação, participação nos lucros, entre outros.

Na mesma linha de defesa contra a proposta que esta sendo debatida no Congresso Nacional, o diretor de Prerrogativas e Assuntos Jurídicos da Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Guilherme Feliciano, em reportagem feita por Pedruzzi (2015) assim posicionou-se:

Para a entidade, a regulamentação da terceirização, do jeito que está, pode ser vista como um passo para trás. Esse projeto poderá resultar no maior retrocesso da história da legislação trabalhista brasileira desde a origem do trabalho e dos direitos sociais conquistados na década de 30.

A possibilidade de terceirização de atividade fim na Administração Indireta estava previsto neste projeto. Tal medida permitiria empresas públicas e de economia mista terceirizar sua atividade fim. Mas após debate intenso contra, ocorreu a mudança no texto do PL 4.330 retirando esta previsão. Souza (2015) relata como permanece o entendimento, “essas empresas deverão, portanto, seguir se reportando à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que proíbe a terceirização em atividades-fim”.

4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

4.1 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA

Martinez (2014, p. 273) define responsabilidade solidária como:

Caracteriza-se pela concorrência de duas ou mais pessoas na situação de garantes de uma mesma dívida, sendo uma dessas pessoas necessariamente o próprio devedor originário. Nesse caso não é relevante investigar contra quem se dirigirá a pretensão de ver cumprida a prestação, uma vez que o responsável derivado é solidário ao devedor originário.

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê no seu art. 455, (BRASIL, 1943) um exemplo de responsabilidade solidária:

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Observa-se que nesta situação será responsabilizado pelo cumprimento das obrigações trabalhistas quando não feito pelo subempreiteiro, ao empreiteiro contratante o adimplemento destas.

Já a responsabilidade subsidiária, é assim definida pelo autor Martinez (2015, p. 274):

É caracterizado não pela concorrência, mas pela sucessão de duas ou mais pessoas na situação de garantes de uma mesma dívida. Se o devedor originário no tiver patrimônio para saldar a dívida, e somente nesse caso, é que atacará o patrimônio do responsável derivado em caráter subsidiário, ou simplesmente, responsável subsidiário.

4.2 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Tribunal Superior do Trabalho, TST, visando estabelecer uma segurança maior para os empregados de empresas terceirizados editou a Súmula 331, com a seguinte redação:

Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade.
(Inciso IV alterado pela Resolução nº 96/00, DJ 18.09.00)
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 03.01.74).
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/88).
III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83) 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 dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.93). *(grifo nosso)*.

De acordo com Oliveira (2012, p. 240) a edição da Súmula 331 do TST fixou-se a jurisprudência naquele momento sobre a responsabilidade da Administração Pública nos contratos terceirizados:

O TST fixou jurisprudência no sentido de que a Administração Pública deve ser responsabilizada de forma subsidiária e automática pelos encargos trabalhistas das empresas terceirizadas (enunciado 331 do TST).

No entanto verifica-se que a Lei 8.666/93, no seu art. 71, § 1º, (BRASIL, 1993) já previa definição contrária a esta súmula do TST:

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.

Observa-se que esta redação que era anterior a edição da jurisprudência sumulada do TST, previa que não se poderia transferir a responsabilidade dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais para Administração Pública.

Somente a única previsão disposta no § 2º, do art. 71, da Lei 8.666 (BRASIL, 1993) “A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”, ou seja somente responderia solidariamente para com as obrigações previdenciárias inadimplidas pela empresa contratada.

Esta divergência frente a lei federal e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, gerou inúmeros demandas trabalhistas contra Administração Pública, conforme relata Pimenta (2011) em seu artigo:

Nos anos subsequentes, a acirrada resistência dos entes públicos demandados e condenados como tomadores dos serviços terceirizados, em todas as reclamações trabalhistas ajuizadas pelos trabalhadores contra eles e seus empregadores contratados após regular licitação, nos precisos moldes preconizados pela redação original do item IV da Súmula nº 331, concentrou-se justamente na invocação da ilegalidade de sua responsabilização subsidiária por aqueles débitos trabalhistas, por deixar a Justiça do Trabalho de aplicar a literalidade daquele artigo da Lei de Licitações e pela conseqüente alegação de que as decisões trabalhistas, ao não aplicarem, de forma automática e absoluta, aquela norma legal, estariam implicitamente considerando-a inconstitucional (sem que essa inconstitucionalidade houvesse sido examinada e decidida pela maioria do Pleno ou do Órgão Especial, conforme o caso, de cada Tribunal, como exige, para tanto, o art. 97 da Constituição).

Constantemente as decisões dos magistrados condenavam a Administração Pública pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa contratada regularmente por licitação, gerando prejuízos ao erário público.

No ano de 2007 o Governador do Distrito Federal ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC sob nº 16 (BRASIL, 2007), junto ao Supremo Tribunal Federal- STF, para declarar constitucional o art. 71, paragrafo 1º, da Lei 8.666/93.

De acordo com a petição inicial da ADC 16 (BRASIL, 2007), relatava a importância da declaração de constitucionalidade deste dispositivo conforme segue:

[...] esse dispositivo legal tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

No entanto somente no ano de 2010 o STF julgou a ADC 16, declarando constitucional o art. 71 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993).

De acordo com Pimenta (2011, p. 284) o que pode-se compreender dos votos da decisão desta ação são:

[...] o Supremo Tribunal Federal, ao se referir aos casos de terceirização lícita das atividades-meio da Administração Pública, também deixou expresso seu entendimento de que aquele dispositivo de lei não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento daquelas obrigações trabalhistas, caso fique comprovado que agiu com *culpa in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo seu devedor principal – o empregador contratado.

Segundo a autora DI Pietro (2014, p. 363) a declaração da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da lei 8666, pelo STF pode ser assim compreendida:

A decisão, por maioria de votos, em sessão plenária do dia 24-11-2010, foi no sentido de que é constitucional o referido dispositivo legal. No entanto, o acórdão não afastou a possibilidade de ser examinado pelo TST, em cada caso concreto, se a inadimplência do contratado teve como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Viana (2011, -) em seu artigo também aborda sobre o entendimento do art. 71 da referida lei:

A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, *caput*), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de *direitos fundamentais* (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.

Oliveira (2012, p. 240) cita a mudança ocorrida na súmula 331 do TST com o julgamento da ADC 16 pelo STF:

Em razão do posicionamento do STF, o TST alterou a redação do Enunciado 331, IV e V, do TST:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Martinez (2014, p. 272) também aborda sobre o entendimento claro da responsabilidade subsidiária do ente público na terceirização:

Por força da decisão, tomada de forma majoritária pelo STF em 24 de novembro de 2010, os magistrados do trabalho não mais deverão declarar a responsabilidade subsidiária dos entes estatais e paraestatais por conta do mero inadimplemento das empresas que lhes tenham prestado serviços especializados. Para tanto será indispensável a demonstração de que os mencionados órgãos atuaram com culpa *in vigilando*, vale dizer, que, por conduta culposa, falharam no controle e fiscalização da execução do contrato.

Com o novo entendimento sob a responsabilidade subsidiária que o Estado pode ser enquadrado, Martinez (2014, p. 272) explica melhor o seu cabimento:

O fundamento criativo dessa responsabilidade é a culpa *in eligendo* – baseada na eleição de uma terceira empresa para execução que incumbiria ao tomador – e *in vigilando* – fundamentada no dever de vigilância da regularidade da prestação do serviço atribuído para terceiros. A fonte é a decisão judicial.

A nova compreensão de que a Administração Pública não poderia ser automaticamente responsabilizada pelo inadimplemento do contratado, também é assim exposto pelo autor Oliveira (2012, p. 241) “a responsabilidade subsidiária da Administração é eventual e condicionada à comprovação de sua omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas das empresas contratadas”.

4.3 FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO TERCEIRIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que a Administração Pública não seja responsabilizada subsidiariamente no caso de inadimplemento dos encargos trabalhistas pelo terceirizado, DI Pietro (2014, p. 364) elenca algumas cautelas a serem adotadas:

O fato é que, diante da decisão do STF, incorporada no item V da Súmula nº 331, do STF, a Administração Pública deve tomar algumas cautelas:

- a) Colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusulas em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93;
- b) Inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma lei;
- c) Na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis;
- d) Exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débitos Trabalhista (CNDT) referida na Lei nº 12.440, de 7-7-11.

Estes procedimentos passaram a ser fundamentais e necessários, devendo ser observados pelos gestores para que o ente público não seja enquadrado no inciso V da Súmula 331 do TST.

Cunha (2011) também reitera a importância da fiscalização do contrato terceirizado:

De fato, é no espectro da gestão e fiscalização que eventual omissão administrativa pode e deve ser fulminada, dando azo ao efetivo cumprimento contratual e ao afastamento de futura responsabilização. No ponto, importa dizer que, enquanto a gestão de contratos é um serviço geral de administração dos instrumentos contratuais, a fiscalização remete-se à atividade mais pontual e especializada, para cujo desempenho é indispensável que a Administração Pública designe formalmente um agente, com conhecimento técnico suficiente.

A Administração Pública através de legislação infraconstitucional regulamentou os procedimentos de fiscalização dos contratos, o qual Viana (2011, -) aborda:

Enquanto a Lei de Licitações traça regras gerais sobre o dever de fiscalização contratual, a IN nº 02/08 do MPOG interpreta e especifica estas regras, instituindo um padrão fiscalizatório comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados, como será adiante demonstrado, levando em consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administrados e perante os terceiros interessados, tais como os trabalhadores terceirizados

A Instrução Normativa 02/2008 (BRASIL, 2008) foi editada pelo Ministério do Planejamento para o âmbito federal, afim de padronizar os procedimentos de fiscalização dos contratos terceirizados.

Viana (2011) aborda a importância desta instrução para todos os entes da federação:

[...] embora as regras de fiscalização previstas na IN nº 02/08 do MPOG tenham incidência estrita à órbita da Administração Pública Federal, suas diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização em matéria trabalhista acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa (Constituição, art. 37).

A importância da fiscalização no contrato terceirizado é abordada por Siqueira (2013) em seu artigo:

Por se tratar de competência relevante ao governo, notadamente no que tange à utilização eficiente dos recursos públicos, foram criadas formas rigorosas de verificação da atuação dos fiscais de contratos. Ao fiscalizar um contrato de forma ineficiente e/ou omissa às exigências editalícias ou àquelas expressamente previstas no Anexo IV da Instrução Normativa nº 02/2008, o servidor pode causar dano ao erário, devendo ser responsabilizado no plano disciplinar via Processo Administrativo Disciplinar – PAD, responder na esfera Civil, além de atrair para si o dever de reparar o prejuízo ocorrido, conforme preconiza o Tribunal de Contas da União – TCU.

Costa (2013) aborda sobre a falha na fiscalização do contrato pela Administração Pública e as consequências desta:

Não é necessário que o fiscal de contrato tenha agido com dolo; basta sua culpa sentido estrito – negligência, imprudência, imperícia – na fiscalização do contrato. Assim, deve o fiscal de contrato, antes de atestar a boa qualidade dos serviços terceirizados, verificar se os salários foram pagos, se houve entrega do vale transportes, se houve pagamento de férias, dentre outros encargos trabalhistas.

Observa-se que o funcionário público que é incumbido de fiscalizar um contrato terceirizado pela Administração Pública, tem a responsabilidade pelo fiel cumprimento do mesmo de acordo com o contrato e legislação vigente, sob pena de gerar prejuízos ao erário, e, em especial a responsabilidade subsidiária nas obrigações trabalhistas.

4.4 DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que foi julgada procedente e promoveu a alteração na súmula 331 do TST, pacificou que a Administração Pública irá responder pelos contratos terceirizados quando da não fiscalização destes.

No entanto, os entes públicos respondem inúmeras ações trabalhistas por falhas ou omissão na fiscalização dos contratos terceirizados. A seguir verifica-se algumas decisões recentes neste sentido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTOS - DMAE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. DECISÃO DO STF NA ADC 16. 1. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou procedente ação declaratória de constitucionalidade, firmando o seguinte entendimento: "[...] Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. [...]" (excerto do v. acórdão proferido na ADC 16, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJe nº 173, divulgado em 08/09/2011). 2. Aferida tal decisão, na hipótese de terceirização lícita, não há responsabilidade contratual da Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos empregados terceirizados, conforme a literalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. 3. Contudo, o acórdão proferido na ADC 16 pelo Pretório Excelso não sacramenta a intangibilidade absoluta da Administração Pública pelo descumprimento de direitos trabalhistas dos empregados lesados quando terceiriza serviços. 4. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93. 5. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional, após análise do conteúdo fático-probatório, concluiu pela existência de culpa in vigilando da Administração Pública devido à ausência de fiscalização das obrigações assumidas pela contratada. Agravo de Instrumento não provido. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO POR PROSERVI SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA LTDA. JORNADA 12x36. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. PRESTAÇÃO HABITUAL DE

HORAS EXTRAORDINÁRIAS DECORRENTE DA NÃO CONCESSÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA. 1. Nos termos da Súmula n.º 444 deste Tribunal Superior, "é válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas". 2. No caso dos autos, conquanto tenha o Tribunal Regional consignado expressamente que a escala especial de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso foi pactuada por norma coletiva, referido regime resulta descaracterizado, em face da prestação habitual de horas extraordinárias decorrentes da supressão do intervalo intrajornada ao empregado. 3. Recurso de Revista não conhecido.

(TST - ARR: 2408008420095040018, Data de Julgamento: 19/08/2015, Data de Publicação: DEJT 21/08/2015).

RECURSO DE REVISTA - CONVÊNIO - ENTES PÚBLICOS - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - CULPA IN VIGILANDO - INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O art. 71 da Lei nº 8.666/93 foi declarado constitucional pelo STF, sendo inadmissível a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. Entretanto, nos termos da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de culpa in eligendo, in vigilando ou, ainda, in omittendo implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador terceirizado. Assim, quando o ente da Administração Pública não logra comprovar que cumpriu os deveres impostos nos arts. 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93, incide a responsabilidade subsidiária. Recurso de revista não conhecido. (PROCESSO Nº TST-RR-149400-51.2007.5.15.0115. ACÓRDÃO 7ª Turma VMF/lm/pcp/jf).

Na decisão a seguir citada, o TST no julgamento do agravo de instrumento observa que a comprovação de fiscalização deve ser feita pela Administração Pública e não pelo funcionário terceirizado.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO NÃO DEMONSTRADA. TESE DO TRT DE QUE É DO EMPREGADO TERCEIRIZADO O ÔNUS DE PROVAR A CULPA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. O Tribunal Regional entendeu que o artigo 71 da Lei 8.666/93, em seu § 1º, dispõe que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Aduziu que a Administração Pública vai ter responsabilidade subsidiária nos casos de prova de culpa in vigilando, o que deverá ser demonstrado pelo empregado. A tese do acórdão regional aparentemente viola os artigos 818 da CLT e o 333, II, do CPC, a determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE

SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO NÃO DEMONSTRADA. TESE DO TRT DE QUE É DO EMPREGADO TERCEIRIZADO O ÔNUS DE PROVAR A CULPA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. A jurisprudência desta Corte entende que compete ao ente público comprovar a fiscalização da prestadora de serviços terceirizados no tocante ao adimplemento das obrigações trabalhistas. Logo, ao adotar a tese de que cabia ao contratado comprovar a falta de fiscalização do contratante público, o Tribunal Regional contrariou a jurisprudência desta Corte Superior e do STF, razão pela qual o provimento ao recurso de revista é medida que se impõe. Recurso de revista conhecido por violação dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC e provido .

(TST - RR: 26303420105020087, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 20/05/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015).

Em convênios públicos os quais o Estado transfere recursos para uma entidade, os procedimentos de fiscalização também devem ser seguidos. Na decisão a seguir o ente público foi condenado a responder subsidiariamente pelos encargos trabalhistas pela *culpa in eligendo*.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTIDADES ESTATAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE - CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO - ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF - SÚMULA Nº 331, V, DO TST - CULPAS IN VIGILANDO, IN ELIGENDO E IN OMITTENDO - ARTS. 58, III, 67, § 1º, E 116, § 3º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Com ressalva de meu entendimento, a SBDI-1 do TST, em sua composição plena, decidiu que a celebração de convênio de prestação de serviços de utilidade pública, em razão de interesse comum às partes, não exclui a responsabilidade da Administração Pública pelas consequências jurídicas dele decorrentes, podendo o ente público responder subsidiariamente pelos direitos trabalhistas reconhecidos. Quanto à responsabilidade subsidiária propriamente dita, o art. 71 da Lei nº 8.666/93 foi declarado constitucional pelo STF, sendo inadmissível a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços. Entretanto, nos termos da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de culpa in eligendo, in vigilando ou, ainda, in omittendo implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador terceirizado. Assim, quando o ente da Administração Pública não logra comprovar que cumpriu os deveres impostos nos arts. 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93, incide a responsabilidade subsidiária. Recurso de revista não conhecido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL. Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência do sindicato. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 e das Súmulas nºs 219 e 329 do TST. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 12458120125040101, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 25/02/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/03/2015).

A terceirização na Administração Pública é uma ferramenta administrativa de grande valia para auxílio na execução de suas atividades não essenciais, permitindo o Estado ser mais célere, ágil e focado na sua essência. No entanto a dificuldade dos fiscais de contrato em seguir as normativas de fiscalização continuam gerando a responsabilização subsidiária da Administração Pública em ações trabalhistas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização é uma técnica de organização que visa transferir a outras empresas as atividades não essenciais, concentrando seus esforços em sua atividade-fim.

Importante técnica de produção, a terceirização visa o melhor resultado na qualidade e na quantidade. Na atividade privada a terceirização busca maximizar o lucro, na pública pode-se dizer que o objetivo é alcançar maior eficiência.

O aprimoramento da ferramenta da terceirização, a qual está embasada sua origem em três sistemas: Taylorismo, Fordismo e o Toyotismo.

O primeiro sistema, Taylorismo, consistiu no controle do tempo e dos movimentos do trabalhador, semelhante à uma máquina. O segundo sistema, Fordismo, consistiu no aprimoramento da proposta de Taylor, com a combinação da tecnologia buscando a gerência racional do trabalho. O terceiro sistema chamado de Toyotismo permitiu maiores ganhos de produtividade com a terceirização de atividades específicas de produção, permitindo a empresa produzir mais com menos empregados, e somente por demanda. Todos estes sistemas objetivaram a redução de custos de produção com o aumento de produtividade.

No entanto, é importante atentar e distinguir-se a atividade-fim e atividade-meio da empresa contratante, pois de forma lícita somente é permitida a terceirização da atividade-meio.

Assim entende-se atividade-fim da empresa a tarefa ligada ao objeto social de sua constituição. Já atividade-meio são aquelas atividades meramente acessórias, que visam facilitar a execução dos propósitos contratuais sem interferir neles.

A terceirização na Administração Pública através da compreensão do seu conceito permite compreender em que situações é admitida sua utilização pelos entes públicos. Esta ferramenta foi limitada através de legislações, a qual estimulou que os serviços não essenciais do Estado fossem repassados a terceiros, como

limpeza, vigilância, transporte, informática, entre outras, sendo vedado a terceirização de atividades de mão de obra de funções previstas no plano de cargos do órgão.

O tema da terceirização foi polemizado recentemente devido a um Recurso Extraordinário com Agravo no STF, o qual o Ministro Luiz Fux decidiu declarar a matéria como tema de repercussão geral. A discussão gira na possibilidade de permitir a terceirização da atividade fim. Diante desta situação, o Congresso Nacional, através da Câmara dos Deputados aprovou um projeto de lei a fim de regulamentar a matéria e evitar que o STF legislasse o tema via julgamento. O projeto de lei aprovado caso permaneça assim, estará abrindo a possibilidade de terceirizar a atividade fim da empresa. Tal medida é defendida por algumas entidades e ao mesmo tempo combatida vorazmente por outras.

Para Administração Pública não irá ocorrer nenhuma mudança, pois foi suprimido do Projeto de Lei inicial a possibilidade da terceirização das atividades fim das empresas públicas e de economia mista.

A terceirização no setor público visa auxiliar o Estado o qual repassa as atividades não essenciais para iniciativa privada, racionalizando recursos humanos, e proporcionando a redução de custos através da disputa licitatória.

A Administração Pública vinha sendo sempre responsabilizada subsidiariamente nas ações trabalhistas, em virtude do inadimplemento das terceirizadas com seus funcionários. Inconformado com tal situação o Governador do Distrito Federal ingressou com Ação de Declaração de Constitucionalidade do Art. 71 da Lei 8.666/93, o qual estabelece “o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato”. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação, e neste sentido permitiu o balizamento e o novo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a responsabilidade do Estado nos contratos terceirizados.

Ocorreu a uniformização nos julgados e a reformulação da Súmula 331 do TST o qual destaca-se o inciso V, prevendo que somente será responsabilizada a Administração Pública quando comprovada a sua omissão na fiscalização da execução dos contratos pela empresa terceirizada.

O estudo da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, tema principal desta monografia, é possível estabelecer a distinção entre a responsabilidade solidária e subsidiária. A Súmula 331 do TST, alterada após a ADC nº 16, responsabiliza o ente público somente quando este não fiscaliza o terceirizado, respondendo subsidiariamente nas obrigações trabalhistas.

Evidencia-se desta forma as características que envolvem os contratos de licitação e o poder-dever da Administração Pública em fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais. Os deveres de fiscalização dos agentes públicos passou a ser de fundamental importância para o cumprimento da súmula 331 do TST.

No entanto observa-se que ocorre muita falha na fiscalização dos contratos terceirizados. É constante a condenação de entes públicos na justiça do trabalho, os quais ficam obrigados a cumprirem no pagamento das obrigações trabalhistas da empresa contratada, pois não comprovam no processo judicial que fiscalizaram o contratado.

A Instrução Normativa 02/2008, do Ministério do Planejamento, especifica os procedimentos que devem ser tomados na execução do contrato para que ocorra a correta fiscalização.

A terceirização é necessária e deve ser mantida na área pública, pois gera empregos, economia aos cofres públicos pela disputa licitatória, evita o concurso público de funcionários com atividades acessórias, bem como torna o Estado mais eficiente, focado nas suas atividades essenciais.

A Administração Pública a fim de evitar prejuízos ao erário pela mera falha de fiscalização do contrato, o qual é a única hipótese atual para sua responsabilização, deve capacitar os funcionários públicos incumbidos desta tarefa. Também a alteração da legislação para que a mesma seja mais rígida é cabível, a fim de penalizar o gestor que não fiscaliza corretamente o contrato, permitindo senão zerar as ações trabalhistas, mas sim reduzir a números ínfimos a responsabilização subsidiária da Administração.

REFERÊNCIAS

BARRUCHO, Luís Guilherme. Câmara vota projeto que regulamente terceirização, entenda. **British Broadcasting Corporation**, abril, 2015. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/04/150402_projeto_lei_terceirizacao_ms_lgb>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BASSO, Guilherme Mastrichi. Terceirização e mundo globalizado: o encadeamento produtivo e a complementaridade de serviços como potencializadores da formalização de contratos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, out/dez 2008.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 mai. 2000.

_____. **Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997**. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 jul. 1997.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

_____. **Decreto 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas. Rio de Janeiro, Diário Oficial da União, 01 de mai. de 1943.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 16. Responsabilidade Contratual**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 713211**. Controvérsia sobre a liberdade de terceirização. Fixação de parâmetros para a identificação do que representa atividade-fim. Ministro Luiz Fux. DOU 06.06.2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

COSTA, Antonio França. Aspectos Gerais Sobre o Fiscal de contratos públicos. **Jus Navigandi**. Julho, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24855/aspectos-gerais-sobre-o-fiscal-de-contratos-publicos/2>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo: LexMagister, v. 77, n. 1, jan/mar 2011.

DIEESE. ERMG. **O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil**. São Paulo, dez. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização: (des)fordizando a fábrica: um estudo do complexo petroquímico**. Salvador. Edufba, 2001.

ESTENDER, Antônio Carlos. Vantagens e desvantagens em terceirizar atividades. **Revista Científica do Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos**. Tocantins, v. 8, n. 1, Publ.3, Janeiro de 2015.

LACOMBE, Francisco José Masset. **Teoria geral da administração**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NETO, Benedito Rodrigues de Moraes. Maquinaria, taylorismo e fordismo: a reinvenção da manufatura. *Revista de Administração de Empresas*. **Fundação Getúlio Vargas**, out/dez 1986.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PADOAN, Adayl de Carvalho. A Terceirização e Seus Aspectos Legais. **Revista de Direito da Universidade Estácio de Sá**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo12.htm>> Acesso em: 04 jun. 2015.

PASTORE, Jose. Terceirização da atividade-fim. **Jornal o Estadão**. abril, 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,terceirizacao-da-atividade-fim-imp-,1673287>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

PEDRUZZI, Pedro. Terceirização: Magistrados temem insegurança e retrocesso na lei trabalhista. **Empresa Brasileira de Comunicação (EBC)**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-04/terceirizacao-magistrados-temem-inseguranca-e-retrocesso-na-lei-trabalhista>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

PIMENTA, José Roberto Freire. A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a Nova Redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo: LexMagister, v. 77, n. 2, abr./jun. 2011. 271 p.

POCHMANN, Márcio. **A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho**. Sindieepres. Campinas, jan. 2008. Disponível em: <http://www.cnts.org.br/public/arquivos/Pesquisa_TG_Pochmann.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2015.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. Terceirização no Serviço Público: Responsabilidade Subsidiária da União por Dívidas Trabalhistas. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 11 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigos&ver=2.44335&seo=1>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

SIQUEIRA, Ronald. Fiscalização de Contratos – Conceitos, importância e como é realizada no ITI. **Instituto Nacional de Tecnologia de Informação**. junho, 2013.

Disponível em:<<http://www.iti.gov.br/noticias/indice-de-noticias/4295-fiscalizacao-de-contratos-conceitos-importancia-e-como-e-realizada-no-iti>>. Acesso em: 22 set. 2015.

SOUZA, Nivaldo; CARVALHO, Daniel: Câmara aprova texto que proíbe terceirização de atividade-fim em empresas públicas. **Jornal o Estadão**. abril, 2015. Disponível em:<<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,camara-aprova-texto-que-proibe-terceirizacao-de-atividade-fim-em-empresas-publicas,1669766>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. In: **Revista Ltr**, São Paulo, ano 67, n. 7, julho de 2003.

_____. Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques: In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, n. 1, jan/mar de 2011.