

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DIRETO AOS TRABALHADORES PELO INADIMPLENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA TERCEIRIZADA

Eduardo Loula Novais de Paula¹

Rodolfo Pamplona Filho²

Resumo

Este artigo busca analisar a possibilidade de a Administração Pública, nos contratos administrativos, realizar o pagamento direto dos encargos trabalhistas aos trabalhadores da empresa terceirizada contratada, quando esta restar inadimplente e não regularizar sua situação dentro de prazo razoável determinado pela Administração Pública. Para tanto, inicialmente, será definido o conceito de terceirização e sua importância para a atividade econômica e para a Administração Pública. Em seguida, será promovida uma discussão a respeito da responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas pela empresa terceirizada para, então, adentrar ao tema do pagamento direto aos trabalhadores de empresa terceirizada, pela Administração Pública, quando houver o inadimplemento dos encargos trabalhistas.

Palavras-chave: Contrato administrativo, administração pública, pagamento direto.

THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE POSSIBILITY OF DIRECT PAYMENT TO WORKERS FOR THE DEFAULT OF OBLIGATIONS WORKED BY THE THIRD PARTY COMPANY

Abstract

This article seeks to analyze the possibility of the Public Administration, in the administrative contracts, to make direct payment of the labor charges to the outsourced contracted company

¹ Analista Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia. Especialista em Direito Público pela UNIFACS. Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas pela UNIFACS. Autor de artigos jurídicos publicados em revistas especializadas.

² Professor Titular do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade Salvador e Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UFBA - Universidade Federal da Bahia. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha (2012) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Atua no magistério superior desde 1996. Possui diversos artigos publicados em periódicos classificados nacionais e internacionais. Autor, co-autor, organizador e co-organizador de diversos livros técnicos na área de Direito e em outras áreas de Ciências Humanas e Sociais, além de poesia e obras musicais. Orientador de teses de Doutorado, dissertações de Mestrado, monografias de final de curso de graduação em Direito (TCC) e bolsas de iniciação científica. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência, Vice-Presidência, Secretaria Geral e Coordenação Regional da Bahia, sendo, atualmente, Presidente Honorário da instituição), Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Apresentador do Talk-Show "Papeando com Pamplona", produzido pelo CERSTV. Poeta. Músico. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Juiz do Trabalho.

employees, when it remains in default and does not regularize its situation within a reasonable period determined by the Public Administration. To do so, the concept of outsourcing and its importance for economic activity and Public Administration will be defined in advance. Next, a discussion will be held on the responsibility of the Public Administration for the non-payment of labor charges by the outsourced company to then enter into the subject of direct payment to outsourced workers, by the Public Administration, when there is a default of labor charges.

Key-Words: Administrative contract, public administration, direct payment

INTRODUÇÃO

É cediço que a terceirização representa um grande trunfo do sistema capitalista, na medida em que possibilita que o tomador dos serviços transfira à outra empresa a responsabilidade pelos encargos trabalhistas de determinado funcionário que lhe presta serviços, o que faz com que o tomador se isente da responsabilidade por tais encargos.

A terceirização, no Brasil, até o advento da denominada “reforma trabalhista”, não possuía regulamentação legal, não obstante a sua grande utilização na prática pelos tomadores de serviços, em virtude da possibilidade de diminuição dos custos com funcionários. Não por outra razão o Tribunal Superior do Trabalho regulamentou o tema – ainda que de forma insuficiente – com a edição da Súmula nº. 331.

Um desses tomadores de serviço é a Administração Pública, que contrata, mediante licitação, uma empresa para intermediar a mão-de-obra de algumas de suas atividades, possibilitando, com isso, uma série de benefícios para o setor público, a exemplo do não engessamento dos recursos públicos e exclusão da responsabilidade pelas dívidas trabalhistas da empresa terceirizada. Em síntese, a Administração Pública fica blindada.

Diante da atual crise enfrentada pelo país, no dia 22 de Março de 2017, a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei nº. 4.302/1998³, transformado na Lei Ordinária nº. 13.429/2017, publicada no Diário do dia 31 de Março de 2017, cujas alterações impactaram na sistemática da terceirização, dentre as quais se destacam as seguintes: a) possibilidade de terceirização tanto da atividade-meio quanto da atividade-fim; b) previsão de requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços terceirizados, a exemplo do capital social compatível com o número de empregados, dentre outras mudanças.

³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº. 4.302/1998**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20794>. Acesso em: 30 mar. 2022.

Muito embora a Administração Pública não tenha responsabilidade pelos encargos trabalhistas da empresa terceirizada, se houver o inadimplemento de tais parcelas, deve a Administração Pública adotar algum tipo de comportamento proativo para assegurar o pagamento dessas verbas aos trabalhadores da empresa terceirizada ou deve simplesmente quedar-se inerte? Em caso positivo, quais as possibilidades que surgem para a Administração Pública? Essas e outras questões semelhantes serão objeto de discussão no presente artigo.

1 A TERCEIRIZAÇÃO APÓS A REFORMA TRABALHISTA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já mencionado em outra oportunidade por um dos autores deste artigo⁴, a terceirização consistia na transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida. Do ponto de vista dogmático, tratava-se, porém, de uma forma de intermediação de mão-de-obra, de grande utilização na sociedade contemporânea, consistente na contratação por determinada empresa, de serviços de terceiros, para as suas atividades-meio.

A terceirização também poderia ser definida como “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.”⁵

Com a edição da Lei nº. 13.429/2017 e da Lei nº. 13.467/2017, o regramento da terceirização foi alterado. A primeira lei citada alterou dispositivos relacionados ao trabalho temporário, passando a prever, no art. 9º, § 3º, da Lei nº. 6.019/1974, a possibilidade de o contrato de trabalho versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e de atividades-fim a serem realizadas na empresa tomadora de serviços.⁶

Deve-se entender como atividade-fim aquela que diz respeito ao objetivo institucional da empresa, da pessoa jurídica de direito público ou dos órgãos autônomos. Explicando didaticamente, “pode-se afirmar que a atividade-fim de uma escola é a prestação de ensino de

⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 14 fev.2022.

⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 220.

⁶ De acordo com a mencionada lei, considera-se empresa tomadora de serviços a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa de trabalho temporário.

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.”⁷

Por conseguinte, a atividade-meio é aquela que visa apenas instrumentalizar a atividade-fim, permitir que a atividade-fim seja bem desempenhada ou facilitada⁸. A Súmula nº. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em seu inciso III, indica um rol exemplificativo do que pode ser considerado como atividade-meio: serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

É preciso deixar claro que tais serviços apenas serão considerados como atividade-meio se não fizerem parte da finalidade e dos objetivos institucionais da empresa ou órgão público. Considerando a inexistência de lei em sentido estrito que especifique as hipóteses de atividade-meio e considerando, também, que a Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade, explicitado aqui na vertente segundo a qual ela só pode agir quando permitida pela lei (aqui em sentido amplo), foi editado, no âmbito federal, o Decreto nº. 2.271/1997, destacando mais alguns serviços que poderiam ser objeto de terceirização, bem como os que não poderiam ser objeto de terceirização.⁹

Essa distinção entre atividade-fim e atividade-meio possuía grande relevância na prática, tendo em vista que, para o Tribunal Superior do Trabalho, se a empresa tomadora dos serviços terceirizasse a atividade-fim, poderia ser “penalizada” com o reconhecimento do vínculo de trabalho, consoante exegese da Súmula nº. 331, III. A partir do novo regramento, o legislador definiu, consoante nova redação dada ao art. 10, que, independentemente do ramo da empresa tomadora de serviços, não existirá vínculo entre ela e os trabalhadores da empresa de trabalho temporário, blindando, ainda mais, a empresa tomadora de serviços.

⁷ Idem, p. 220.

⁸ Mais recentemente, um dos autores desse artigo, em entrevista para o Consultor Jurídico, defendeu que o Tribunal Superior do Trabalho não deveria flexibilizar a jurisprudência de forma a permitir a terceirização da atividade-fim, por considerar que a terceirização, ainda, tem sido um dos maiores mecanismos de precarização das relações de trabalho. CONSULTOR JURÍDICO. “**Embora tenhamos leis demais, um Código de Processo do Trabalho seria bem vindo.**” Entrevista com Rodolfo Pamplona. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-27/entrevista-rodolfo-pamplona-presidente-academia-direito-trabalho>>. Acesso em: 15/02/2017.

⁹ Art. 1º. *Omissis*. § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Reforça esse entendimento o art. 4º-A da Lei nº. 6.019/1974, alterado pela Lei nº. 13.467/2017, ao estabelecer que a prestação de serviços a terceiros implica na transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

Tratando-se da Administração Pública, a contratação de empresa para prestação de serviços terceirizados possui muitas vantagens. Dentre elas, destaca-se o não engessamento das finanças e do orçamento do respectivo órgão público. Caso a Administração Pública tivesse que realizar concurso público para a admissão, em seus quadros, de atividades de limpeza e conservação, vigilância, dentre outros, a garantia da estabilidade conferida pela Carta Magna faria com que fosse inflacionado o quadro de pessoal, o que poderia ensejar a violação aos limites com gastos de pessoal plasmados na Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo.¹⁰ Nesse sentido, a contratação, mediante licitação, de empresa para intermediar a prestação de tais serviços surge como uma boa solução para o sadio ordenamento das despesas públicas.

A novel legislação conceitua a tomadora de serviços como sendo a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada, o que açambarca a Administração Pública, já que as entidades da Administração Pública também são pessoas jurídicas, ainda que de direito público.

Não obstante, é preciso cautela quando se cogita em terceirização da atividade-fim no âmbito da Administração Pública. Isso porque a Constituição Federal de 1988 exige, para a investidura em cargo ou emprego público, a aprovação em concurso público (art. 37, II). Não se afigura razoável, portanto, imaginar que a Administração Pública poderia terceirizar, por exemplo, Magistrados, Procuradores, Promotores de Justiça, Delegados, dentre outros agentes públicos que representam a própria Instituição.

2 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Súmula nº. 331 do Tribunal Superior do Trabalho possuía redação no sentido de que a Administração Pública teria responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada perante os seus trabalhadores. Sobre o tema, inclusive, um dos autores deste artigo observou que teria havido evidente analogia ao preceito contido no art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata dos contratos de subemprego, em que o Tribunal Superior do Trabalho, *praeter legem*, teria instituído uma forma de responsabilização

¹⁰ Art. 19 da Lei Complementar nº. 101/2000.

patrimonial independentemente de previsão legal ou contratual específica, como forma de combater os abusos cometidos na prática.

Partindo-se da ideia do Estado Mínimo, apologia máxima do neoliberalismo, terceirizar é, sem sombra de dúvida, uma das soluções, senão a grande solução para a Administração Pública moderna. Todavia, considerando a forma como a legislação e a jurisprudência passaram a regulamentar a terceirização, ficava, no ar, a seguinte pergunta: aplica-se ou não a responsabilidade patrimonial subsidiária do tomador de serviços na terceirização no serviço público?

Como é cediço, o art. 71 da Lei nº. 8.666/93¹¹ estabelece que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato e que a sua inadimplência, no que se refere 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.

Isso ocorre em razão da impossibilidade de criação de vínculo de trabalho entre os terceirizados e a Administração Pública, já que incide no caso o princípio da acessibilidade por concurso público, nos termos do art. 37, II, da Carta Magna de 1988. A legislação, entretanto, não é imune a críticas. Já tivemos a oportunidade de destacar, inclusive, o seguinte:

De fato, em primeiro lugar, destaque-se a situação flagrantemente anômala de convívio entre a total irresponsabilidade (parágrafo 1º) e a solidariedade absoluta (parágrafo 2º), sem que haja uma justificativa legal razoável para esse tratamento desigual. Por outro lado, imagine-se a situação surreal que poderia ser vivenciada em um processo trabalhista, com o advento da emenda constitucional 20/98, que inseriu o parágrafo 3º ao artigo 114. Isto por que, pela sua aplicação, seria afastada a responsabilidade da administração no que diz respeito às verbas decorrente do contrato de trabalho, mais se admitiria a sua execução pelas verbas acessórias de natureza previdenciária. Ainda mais, será que o legislador infraconstitucional poderia limitar a responsabilidade civil do estado, reconhecidamente objetiva, pelos atos de seus agentes, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988? Será que há alguma lógica no tratamento diferenciado dos créditos, em face do que preceitua o artigo 6º da mesma carta magna? E nem se diga que a justificativa seria o fato de que o encargo previdenciário seria devido sempre pela administração pública em sentido amplo, pois o crédito fiscal também foi inserido nessa "irresponsabilidade legal", conforme se verifica em do parágrafo 1º supra transcrito. [...]Por isto mesmo, parece-nos, sem qualquer hesitação, que acertou o mais alto pretório trabalhista ao atualizar a sua jurisprudência, para abarcar também a responsabilidade patrimonial subsidiária da Administração Pública na terceirização, moralizando-a, de forma a evitar a simples dilapidação de direitos trabalhistas.¹²

¹¹ Corresponde ao art. 159 da Lei Estadual nº. 9.433/05.

¹² PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op cit.*

No entanto, há na doutrina quem advogue entendimento diametralmente oposto, a exemplo de Sidney Bittencourt, ao afirmar que:

Tal orientação jurisprudencial, *data maxima venia*, beira o absurdo, porquanto envereda pelo descumprimento de dispositivo expresso em lei. Além disso, como assevera Airton Nóbrega, favorece a inadimplência, uma vez que proclama, de logo, a possibilidade de imputar-se à outra parte a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas não satisfeitas pelo empregador. “Torna-se extremamente cômodo para o mau empresário e para os fraudadores gerirem os seus negócios sem atendimento às obrigações que lhes incumbem. O ente contratante, por decisão de cortes trabalhistas, ficará encarregado de suprir essa imoral conduta, estimulada pela pseudoproteção prestada ao trabalhador.” Ademais, tal acordo constitui-se num contrato administrativo regido por regras de direito público, sendo inaplicáveis as normas de direito trabalhista, além do reconhecimento, de certa forma, de uma relação de emprego com a Administração, o que afronta a Constituição Federal, que exige aprovação em concurso público para ingresso na Administração Pública.¹³

Ante a controvérsia daí surgida, o tema foi levado ao Pretório Excelso. No julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº. 16, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não seria possível a transferência automática dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, à Administração Pública, julgando o art. 71, § 1º da Lei nº. 8.666/93 constitucional.¹⁴

A partir desse julgado, o Tribunal Superior do Trabalho reformulou seu enunciado sumular, passando a entender que a responsabilidade da Administração Pública não decorreria do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, só podendo ser a Administração Pública responsabilizada, de forma subsidiária, se falhasse no seu dever de fiscalização (culpa *in vigilando*) do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.¹⁵

¹³ BITTENCOURT, Sidney. **Licitações para contratação de serviços continuados ou não: a terceirização na administração pública**. 1ª edição. São Paulo: Matrix, 2015, p. 42.

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. 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. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011)

¹⁵ Súmula nº. 331, Tribunal Superior do Trabalho: 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

A controvérsia parecia ter sido pacificada, já que foi decidida através de controle concentrado de constitucionalidade. No entanto, o tema voltou à tona no recurso extraordinário nº. 760.931, que discutiu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada.

Ao que parece, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal interpretaram de maneira distinta o que já fora decidido anteriormente. A Relatora, Ministra Rosa Weber – oriunda do Tribunal Superior do Trabalho – votou no sentido de desprover o recurso, sob o fundamento de que não fere a Constituição a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresas terceirizadas, em caso de culpa comprovada do Poder Público em relação aos deveres legais de acompanhar e fiscalizar o contrato de prestação de serviços.¹⁶

Em sentido divergente, o Ministro Luiz Fux votou pelo provimento do recurso, justificando que a intenção do legislador foi excluir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.¹⁷ A controvérsia foi tamanha que, no dia 15 de Fevereiro de 2017, houve empate e o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Ministro Alexandre de Moraes que ocupou o lugar do falecido Ministro Teori Zavascki.

No dia 30 de Março de 2017, o Pretório Excelso concluiu o julgamento, tendo o Ministro Alexandre de Moraes confirmado o entendimento adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade nº. 16, que apenas proíbe a responsabilização automática da Administração Pública, mas permite a responsabilização caso reste comprovada a falha na fiscalização dos contratos¹⁸.

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.

¹⁶ Um dos Ministros que também desproveu o recurso foi Luis Roberto Barroso, tendo, inclusive, afirmado que há o dever de fiscalização da administração pública quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas das empresas terceirizadas, e sugeriu a adoção de alguns parâmetros, entre eles que a fiscalização seja feita pela administração pública pelo sistema de amostragem. Para ele, quando constatada a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, o Poder Público deverá tomar as seguintes providências: notificar a empresa, concedendo prazo para sanar a irregularidade; em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada. **Suspenso julgamento sobre responsabilidade da administração por inadimplemento de empresa terceirizada.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335677&caixaBusca=N>>. Acesso em: 16/02/2017.

¹⁷ Informações extraídas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. **Empate suspende julgamento sobre responsabilidade da administração por inadimplemento de empresa terceirizada.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336203>>. Acesso em: 16/02/2017.

¹⁸ Informações extraídas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. **Terceirização: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>>. Acesso em: 30/03/2017.

Nada muda, portanto. É possível a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas por empresa terceirizada. Isso porque a fiscalização contratual, além de preservar a esmerada execução da avença, também visa garantir a efetivação da função socioambiental do contrato administrativo¹⁹, possibilitando a proteção dos direitos sociais fundamentais plasmados no art. 7º da Constituição Federal de 1988. Ademais, o que restou decidido na Ação Direta de Constitucionalidade nº. 16 está explicitado no Voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, que esclarece a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, senão vejamos:

[...] se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa. [...] eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o Tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração. [...] [...] deixe-me só dizer o que eu estou entendendo da postura da justiça do trabalho. Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isso não significa que eventual omissão da administração pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria. Nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma. [...] Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos.²⁰

Segue a mesma orientação o posicionamento externado pela Procuradoria-Geral da República, no Recurso Extraordinário nº. 760.931, que, inclusive, rememorou que “no contrato de prestação de serviços o trabalhador terceirizado tem empregada sua mão de obra e nele encontra sua única fonte de garantia financeira de adimplemento. A satisfação dos salários e demais direitos patrimoniais trabalhistas, de caráter essencialmente alimentar, depende única e exclusivamente da fiel execução do contrato principal, que compreende a realização do serviço

¹⁹ Sobre o tema, sugerimos a leitura do seguinte artigo “**A função socioambiental do contrato administrativo**”, de autoria de Raimilan Seneterri da Silva Rodrigues. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/150/147>>. Acesso em: 16/02/2017.

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 16**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219-01 PP-00011.

pela contratada, o pagamento do preço pelo contratante e a garantia de remuneração do trabalho.”²¹

Por tais razões, em consonância com os ditames constitucionais, em especial os direitos fundamentais sociais, interessa à Administração Pública não apenas a higidez contratual, como também a garantia do cumprimento dos direitos trabalhistas.

3 POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DIRETO AOS TRABALHADORES PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA TERCEIRIZADA

Ultrapassando a discussão acerca da responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da empresa que intermedeia a mão-de-obra, o fato é que a Lei Geral de Licitações exige que o contratado mantenha, durante toda a execução contratual, as condições de habilitação,²² o que inclui a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista.²³ A Administração Pública, por sua vez, tem o dever-poder de fiscalizar se as obrigações estão sendo cumpridas.²⁴

Nesse momento, cabe a seguinte indagação: como deve proceder a Administração Pública quando a empresa contratada não comprovar que adimpliu os encargos trabalhistas? Para Joel de Menezes Niebuhr, a Administração Pública não deve realizar os respectivos pagamentos. Defende o autor que “consoante alínea “a” do inciso XIV do art. 40 da Lei nº. 8.666/93, o contratado somente faz *jus* ao pagamento depois do seu adimplemento. Repita-se, se ele não honra os encargos trabalhistas e previdenciários correspondentes pertinentes aos empregados dedicados exclusivamente à Administração, ele é inadimplente e a Administração, nesta condição, não pode pagá-lo.”²⁵ Em tal caso, para o autor, sequer cogitar-se-ia falar em retenção de pagamento, pois simplesmente a obrigação não teria nascido.

²¹ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer Nº 249643/2016 – ASJCIV/SAJ/PGR**, disponibilizado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4434203>>. Acesso em: 16/02/2017.

²² Art. 55. XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

²³ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: IV – regularidade fiscal e trabalhista;

²⁴ Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

²⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª edição, revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 921.

Ousamos adotar posicionamento distinto. Verificando a Administração Pública que o contratado não cumpriu com suas obrigações trabalhistas, tem ela o dever de reter a fatura, de forma proporcional ao que foi descumprido, visando resguardar-se perante o inadimplemento, bem como garantir a proteção aos direitos constitucionais dos empregados da empresa terceirizada. O Colendo Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de enfrentar a questão, decidindo pela possibilidade de retenção das verbas devidas.²⁶

Por se tratar de descumprimento de dispositivos legais e de cláusulas contratuais, a permanência dessa situação de inadimplência pelo contratado pode ensejar a rescisão unilateral do contrato administrativo. Contudo, é razoável que a Administração Pública notifique a empresa do descumprimento e conceda um prazo razoável para regularização, como, aliás, prevê o art. 34-A da Instrução Normativa nº. 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.²⁷

Se, mesmo assim, o contratado não regularizar sua situação, há quem defenda que a Administração Pública deve ajuizar ação cautelar de depósito ou outra equivalente na Justiça do Trabalho²⁸, o que, não se pode negar, constitui em medida burocrática, ante as necessidades de celeridade próprias do contrato administrativo. Não obstante a possibilidade de buscar o Poder Judiciário, tem-se desenvolvido uma solução extrajudicial, que nos parece mais eficiente: a inserção de uma cláusula no edital licitatório, prevendo que o contratado autoriza, em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, que a Administração Pública desconte o valor da

²⁶ ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, §1º, DA LEI N. 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE. 1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. 2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente. 3. Recurso especial provido. (REsp 1241862/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011)

²⁷ Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado poderá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**. Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

²⁸ Por exemplo, advoga esse entendimento Joel de Menezes Niebuhr, em obra já citada neste artigo.

fatura e realize os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos empregados.

Em assim sendo, embora não haja previsão legal a respeito do pagamento direto a funcionários de empresa terceirizada, a Administração Pública não pode quedar-se inerte diante do inadimplemento da remuneração dos trabalhadores, devendo adotar um comportamento proativo, em obediência aos ditames constitucionais, em especial aos princípios da moralidade e eficiência e aos objetivos fundamentais da república (sociedade livre, justa e solidária e promoção do bem de todos). Vale ressaltar que a falta de pagamento dos funcionários implica no inadimplemento de verbas alimentares, indispensáveis à subsistência dos empregados e de suas famílias.

Tal entendimento já foi sufragado pela Advocacia-Geral da União, conforme Parecer nº. 073/2013/DECOR/CGU/AGU, do qual extrai-se o seguinte excerto: “Os institutos da conta vinculada e pagamento direto, previstos, respectivamente, no art. 19-A, I e IV, da IN SLTI/MP nº 2/2008, são de indiscutível licitude, prestam-se a tutelar a dignidade dos trabalhadores terceirizados e sua efetiva utilização pela Administração Pública contribui sensivelmente para afastar eventuais alegações de que foi relapsa na fiscalização da execução dos contratos de terceirização de mão-de-obra.” De igual modo, esse posicionamento foi referendado pelo Tribunal de Contas da União.²⁹

Em seguida, a orientação foi albergada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que incluiu, na Instrução Normativa nº. 002/2008, através da Instrução Normativa nº. 006/2013, o art. 19-A, com a seguinte redação:

V - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

²⁹ REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ESTUDOS INTEGRADO POR SERVIDORES DE DIVERSOS ÓRGÃOS. FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS NO INTUITO DE IMPLEMENTAR MELHORIAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS ABORDADOS PELO GRUPO. FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À SLTI/MP E À AGU. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em: 9.1.2 prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1.214/2013**. Min. Relator: Aroldo Cedraz. Data da sessão: 22/05/2013.

Dessa forma, o edital licitatório deverá conter as seguintes regras para que haja o cumprimento das obrigações trabalhistas: a) previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 13º salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, que serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no Anexo VII da Instrução Normativa nº. 002/2008; b) previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ser feito por depósito bancário, na conta dos empregados, em agências situadas na localidade ou região metropolitana em que ocorre a prestação dos serviços; c) a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a administração contratante a reter, a qualquer tempo, a garantia na forma prevista na alínea “k” do inciso XIX do art. 19 da Instrução Normativa nº. 002/2008; d) a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores, bem como das contribuições previdenciárias e FGTS, quando estes não forem adimplidos; dentre outras.

CONCLUSÃO

Como observado, o tema da terceirização é tormentoso, seja pela inexistência de um arcabouço legislativo, seja pelos benefícios e prejuízos que acarretam para diversas classes econômicas. Tais divergências são refletidas no campo doutrinário e jurisprudencial, até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes mesmo da divergência acerca do pagamento direto, há divergência a respeito da própria responsabilidade da Administração Pública perante os funcionários de empresa terceirizada. Nem a Ação Direta de Constitucionalidade nº. 16, nem a Súmula nº. 331 do Tribunal Superior do Trabalho foram capazes de por uma pá de cal sobre o tema.

Contudo, entendemos que a Administração Pública não pode se esquivar do dever de garantir o pagamento dos encargos trabalhistas quando a empresa terceirizada se tornar inadimplente, devendo reter o pagamento, de forma proporcional ao inadimplemento da empresa terceirizada, para resguardar os interesses trabalhistas dos funcionários, que não têm culpa pelo inadimplemento da empresa terceirizada.

Analisando todos os argumentos levantados na presente discussão, observa-se que defendemos, apenas, que seja dada efetividade à Carta Magna de 1988, quando elenca, dentre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Já se foi o tempo em que as normas constitucionais tinham apenas uma função simbólica, coadjuvante. Seus preceitos, ainda quando não objetivos, devem ser densificados pelo intérprete, sob pena de tornar-se letra morta, tornando mais distante o anseio da sociedade em viver com dignidade.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. **Licitações para contratação de serviços continuados ou não: a terceirização na administração pública**. 1ª edição. São Paulo: Matrix, 2015.

BRASIL. **Entenda o projeto de lei da terceirização aprovado na Câmara**. [www.g1.globo.com](http://g1.globo.com). Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/04/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-que-sera-votado.html>>. Acesso em: 20/02/2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº. 4.302/1998**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20794>>. Acesso em: 30/03/2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **“Embora tenhamos leis demais, um Código de Processo do Trabalho seria bem vindo.”** Entrevista com Rodolfo Pamplona. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-27/entrevista-rodolfo-pamplona-presidente-academia-direito-trabalho>>. Acesso em: 15/02/2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª edição, revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 14/02/2017.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer Nº 249643/2016 – ASJCIV/SAJ/PGR**, disponibilizado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4434203>>. Acesso em: 16/02/2017.

RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. **A função socioambiental do contrato administrativo**. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/150/147>>. Acesso em: 16/02/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1241862/RS**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 16**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011.

_____. **Suspensão julgamento sobre responsabilidade da administração por inadimplemento de empresa terceirizada.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335677&caixaBusca=N> >. Acesso em: 16/02/2017.

_____. **Empate suspende julgamento sobre responsabilidade da administração por inadimplemento de empresa terceirizada.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336203> >. Acesso em: 16/02/2017.

_____. **Terceirização: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613> >. Acesso em: 30/03/2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº. 1.214/2013.** Min. Relator: Aroldo Cedraz. Data da sessão: 22/05/2013. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a%252aNUMACORDAO%253A1214%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1> >. Acesso em: 20/02/2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula nº. 331.** Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331 >. Acesso em: 20/02/2017.