

CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA SÚMULA 331 DO TST E O ARTIGO 121 DA LEI 14.133/2021

Victoria Maria Camargo Santos¹, Okçana Yuri Rodrigues Carvalho²

¹Acadêmica do Curso de Direito, Campus Maringá/PR, Universidade Cesumar – UNICESUMAR. victoriacamargo1799@gmail.com
² Mestre em Ciências Jurídicas, Docente, Departamento de Direito, Universidade Cesumar - UNICESUMAR. okrodrigues@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho possui como escopo analisar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização. Os objetivos específicos visam tratar dos requisitos legais que configuram tal responsabilidade e ademais, como o advento da nova lei que rege os contratos administrativos e as licitações (Lei 14.133/2021) sedimentam o disposto na Súmula 331 do TST no que tange a não responsabilização automática do ente público e a comprovação de eventual culpa quando há vislumbres de falha na fiscalização durante a execução contratual. Foi realizado, portanto, uma pesquisa bibliográfica e documental, que enuncia decretos, instruções normativas, julgados e diversas doutrinas que elucidam a matéria. Destarte, a relevância do presente tema se pauta justamente na necessidade de não imputar ao ente público uma responsabilidade objetiva ao Estado, enquanto tomador de serviços, para que este responda pelas verbas trabalhistas, previdenciárias e fiscais inadimplidas por parte da empresa empregadora, apenas nos casos em que reste comprovado uma atuação fiscalizatória defeituosa, trazendo prejuízos aos empregados e ao próprio erário público. Por fim, espera-se demonstrar que o legislador finalmente sedimentou, de maneira expressa, entendimento sumulado há muito tempo, pelo Superior Tribunal do Trabalho e dispôs acerca de medidas cabíveis que poderão ser adotadas para impedir que o ente público incorra em eventual ônus financeiro dentro da relação jurídica trilateral.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública; Responsabilidade subsidiária; Súmula 331 TST; Terceirização.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da terceirização enseja uma transferência na execução de serviços. No Brasil, a atividade se popularizou em meados dos anos 70, principalmente com os serviços de limpeza e conservação.

A terceirização na Administração Pública, advém sobretudo, da necessidade estatal de fazer jus às suas prerrogativas enquanto prestador de serviços públicos para com a coletividade

O instituto da terceirização surge, portanto, como um instrumento de auxílio para otimização da gestão pública e constitui meio plausível para diminuir a onerosidade causada ao erário, bem como, torna a execução dos serviços mais especializadas e céleres, e sobretudo, é capaz de desacelerar o crescimento desenfreado da máquina pública causada pelo fenômeno da terceirização.

A terceirização de serviços constitui relação jurídica trilateral, que não corrobora o parâmetro jurídico do binômio “empregado-empregador”. Nesse caso, figurarão três partes: o empregado, a empresa empregadora ou contratada, e por fim, o tomador de serviços ou contratante. Dentre os contratos firmados entre o ente público e a iniciativa privada, através de processo licitatório, há o regime de execução indireta com dedicação exclusiva de mão de obra. Nesse caso, o empregado manterá um vínculo jurídico apenas para com o seu empregador, contudo, estará à disposição do terceiro figurante, o tomador de serviços.

No caso da Administração Pública, a relação jurídica trilateral a qual se presta enquanto tomadora de serviços, a obrigará durante toda a execução contratual, que se torne responsável por fiscalizar os encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais que são devidos ao empregador, para que, no caso de inadimplência por parte da empresa

contratada, o ente público não incorra em conduta tipicamente culposa e seja responsabilizado subsidiariamente.

A responsabilidade subsidiária se respalda no disposto na Súmula 331 do TST, especificamente em seu inciso V que expressamente aduz acerca da necessidade de comprovação da conduta culposa da Administração Pública com base nas evidências de que não houve cumprimento das obrigações legais a ela imposta. Tais obrigações encontram previsão na antiga lei que regia as licitações e os contratos administrativos (Lei 8.666/1993), principalmente no que tange a fiscalização do objeto do contrato.

Contudo, nova lei foi sancionada para dar regimento a esses contratos administrativos, e enquanto alguns entendimentos antigos foram finalmente sedimentados, outros questionamentos acabaram por surgir.

O advento da nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei.14.333/2021), finalmente pacifica o entendimento acerca da responsabilidade subsidiária do ente público nos contratos de terceirização. O disposto no artigo 121 do referido dispositivo, traz em seus incisos, que nos contratos que versem sobre dedicação exclusiva de mão de obra, caso haja a devida comprovação na fiscalização, não será imputado à Administração Pública a responsabilidade pelas verbas inadimplidas pela empresa contratada, pacificando, de uma vez por todas, entendimento há muito tempo aplicado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

2 REGIME JURÍDICO DE TERCEIRIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO

O instituto da terceirização sob a ótica da Administração Pública foi uma das ferramentas gerenciais encontradas para auxiliar na gestão pública. A Administração Pública possui dois meios de executar seus serviços de forma indireta, por delegação de serviços públicos ou terceirização. Na primeira, o Estado permanece como titular do serviço público, embora executado pela iniciativa privada, mas destinada à atividade da população de forma geral (perspectiva externa); já na terceirização a execução de serviços ocorre em benefício e para a própria Administração (perspectiva interna). (SANTOS, 2014, p. 49)

O termo “terceirização” encontra equivalência no termo inglês “*outsourcing*”, que cujo significado compreende a contratação de serviços especializados por uma empresa. Como mencionado, terceirizar serviços enseja uma transferência da execução das atividades da empresa contratante (tomadora de serviços) para a empresa contratada (prestadora de serviços).¹

O artigo 37, *caput* da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998 dispõe que tanto a Administração Pública direta quanto a indireta, de qualquer dos poderes da União, Estados-Membros, Distrito Federal e municípios deverão obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nesse sentido, importa destacar que o instituto da terceirização não somente tem como intuito a redução de custos, mas sobretudo, a busca por maior eficiência ao atingir a coletividade.²

Desse modo, conceitua-se como uma relação jurídica trilateral, quais sejam as partes: o empregado, a empresa prestadora de serviços ou empregador e por fim, a empresa tomadora ou empresa contratante. O empregado, portanto, prestará serviços à empresa tomadora, mas manterá um vínculo jurídico com a empresa prestadora, que assume o papel de seu empregador.

¹ SANTOS, Diogo Palau. Flores dos Terceirização de serviços pela Administração Pública : estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo, 2014, 2. ed.

² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Insta salientar que a terceirização de serviços em nada se confunde com a intermediação de mão de obra, uma vez que esta é vedada pelo próprio ordenamento jurídico em obediência aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal) e ao valor social do trabalho (art. 1º, IV da Constituição Federal), para que não haja fraude ao vínculo empregatício, conforme o disposto no artigo 9º da CLT: “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

A princípio, após uma análise do artigo 37, inciso II, CF com redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998, a terceirização de atividades inerentes e essenciais da administração pública estariam proibidas, devendo estas serem desempenhadas apenas por agentes públicos que foram devidamente investidos em seus cargos, por meio de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Desse modo também dispõe o Decreto nº 2.271/1997 que enumera expressamente quais seriam as atividades que poderiam ser executadas por terceiros e limita o uso do instituto da terceirização.

Ao analisar o aludido dispositivo, verifica-se que apenas atividades consideradas acessórias/auxiliares poderiam ser objeto de execução indireta. Todavia, com a vinda da lei da terceirização (Lei 13.429 de 31 de Março de 2017) e posteriormente com a reforma trabalhista (Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017), houve uma significativa mudança na tratativa do instituto.

No ano seguinte, houve pacificação acerca da matéria pelo STF (Supremo Tribunal Federal) ao julgar a ADPF 324/DF e o RE 958.252/MG em que se reconheceu a plena constitucionalidade do instituto da terceirização, incluindo a atividade principal da empresa tomadora. Houve, portanto, a fixação da tese de repercussão geral que aduz:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho em pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

A tese supramencionada possui o escopo de atingir a iniciativa privada, todavia, no que tange a Administração Pública, importa ressaltar que ainda no ano de 2018, o Decreto nº 9.507/2018 ao revogar o Decreto nº 2.271/1997, disciplina finalmente acerca da terceirização de serviços no âmbito público, de forma genérica e acaba por impor algumas restrições em seu artigo 3º³.

3 DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

³ Decreto nº 9.507/2018 Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do **caput** poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

O dever de fiscalização dos contratos de terceirização firmados pela Administração Pública está diretamente ligado à sua responsabilidade enquanto tomadora de serviços.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2020), ao dissertar acerca da responsabilidade do tomador na relação trilateral, reitera a previsão de que a contratante (tomadora) pode terceirizar quaisquer de suas atividades, inclusive a sua atividade principal, perdendo a relevância a distinção entre atividades-fim e atividades-meio.

Quando não há fraude ao vínculo empregatício, e a terceirização de serviços se configura lícita, a responsabilidade da Administração Pública na relação jurídica será subsidiária em relação à empresa prestadora, respondendo pelos encargos trabalhistas e previdenciários inadimplidos. Conforme consolidado na Súmula 331 do TST, em seus incisos IV, V e VI⁴.

A fiscalização dos encargos trabalhistas e fiscais durante a execução contratual pela Administração Pública, consiste em um dever jurídico com vistas a garantir a eficiência dos contratos administrativos de uma forma geral. Em observância aos imperativos de legalidade e moralidade pública. (MENDES, 2019, p. 24)

Nesse sentido, cita-se a antiga Lei 8.666/1993 que dispõe acerca das normas para licitação e contratos da Administração Pública, em seu artigo 58, III aduz expressamente acerca do regime jurídico dos contratos administrativos e a prerrogativa de fiscalização durante a sua execução.

Insta salientar, ademais, a Instrução Normativa nº 05 de 26 de Maio de 2017 que dispõe acerca das regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, que conceitua a fiscalização contratual e sua gestão, em seu artigo 39, onde se determina a aferição do cumprimento de resultados e a regularidade das obrigações legais das contratadas.

A fiscalização administrativa que trata o dispositivo supramencionado é um dos requisitos da licitação, que ensejará regularmente que o fiscal responsável pelo contrato em voga apresente a documentação pertinente aos encargos sociais impostos de forma legal. Nesse caso, em se tratando de contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, será necessário que se comprove a situação regular de verbas trabalhistas, previdenciárias e fiscais.

Portanto, a correta execução e conseqüentemente, a fiscalização do contrato administrativo afasta da Administração Pública a sua culpa in vigilando bem como sua culpa in eligendo. A culpa in vigilando encontra respaldo normativo no disposto no artigo 1521, I e II do Código Civil, sendo decorrente da falta de atenção perante o procedimento de outrem, enquanto a culpa *in eligendo*, também prevista no artigo 1521, inciso III bem como na Súmula 341 do STF, que será advinda de uma má escolha daquele em que o ato foi confiado.

⁴ Sum 331 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.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93, traz expressamente que a inadimplência referente aos encargos trabalhistas e fiscais não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento.

Consoante ao disposto no artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93, é de se observar o julgamento da ADC 16 pelo STF, que reforça o fato de que a correta fiscalização durante a execução do contrato administrativo possui o condão de afastar a responsabilidade subsidiária imposta à Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços, vide:

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, procedente. 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.

Observados tais fundamentos jurídicos, a Administração Pública ao exercer suas prerrogativas perante os indivíduos, deverá não somente executar uma correta fiscalização com o escopo voltado a dirimir a sua culpa na relação jurídica e consequentemente sua responsabilidade subsidiária, mas sobretudo, atuar com proatividade e diligência para garantir que os deveres sociais do trabalho sejam corretamente protegidos como aduz o texto constitucional, garantindo as verbas de caráter alimentar aos indivíduos e evitando futuros danos ao erário público.

4 CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS EM REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA

Os contratos de serviços contínuos em regime de dedicação exclusiva de mão de obra ensejam que haja uma cessão dos empregados da empresa contratada, para que estes atuem em função integral e exclusiva da Administração Pública, com o escopo de executar atividades objeto do contrato em suas dependências.

A Lei 14.133 de 1º de Abril de 2021 que dispõe acerca das licitações e contratos administrativos, em seu artigo 6º, inciso XVI⁵, elenca os requisitos necessários para a configuração do regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Não somente o objeto do contrato será executado nas dependências da empresa contratante, mas sobretudo há a possibilidade quanto a fiscalização por parte da tomadora acerca da dinâmica da prestação dos serviços e consequentemente, sua distribuição e controle.

No mesmo diploma legal, insta destacar o disposto no artigo 50, que expressamente aduz acerca do dever da empresa contratada perante a Administração Pública na comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia de

⁵ Lei 14133/2021, art 6º: [...]

XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

- a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
- b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
- c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados presentes na execução do contrato. A apresentação recorrente da documentação que atesta a o cumprimento dessas obrigações é justamente o que possibilita a devida fiscalização pelo ente público e evite eventual responsabilização, é o que previu o legislador.

5 TEORIAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O termo “responsabilidade” tem sua origem no vocábulo latino “*spondeo*”, que significa “prometer” ou “vincular-se”. O instituto da responsabilidade civil teve suas primeiras acepções no direito romano, em que o devedor se vinculava, de forma solene, a um contrato. (GONÇALVES, 2021, p.8).

Depreende-se, portanto, que a responsabilidade civil faz com que surja ao causador do dano – seja moral ou patrimonial – uma obrigação de reparação, ou seja, um dever indenizatório para com a vítima do ato ilícito.

O ato ilícito, para Flávio Tartuce, pode ser definido como um ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Este, sendo um fato jurídico, produzirá efeitos involuntários provindos da lei e não desejados pelas partes. Insta salientar que este poderá extrapolar a esfera civil, atingindo não somente o particular, mas alcançando a esfera penal bem como a administrativa, de forma independente, o que acarretará uma dupla ou até mesmo uma tripla responsabilidade ao indivíduo.

Quanto aos elementos da responsabilidade civil, não há uma pacificação entre os doutrinadores. Para Carlos Roberto Gonçalves, a responsabilidade civil é composta por quatro elementos: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano. Nesse sentido, corrobora também o doutrinador Flávio Tartuce.

Para Maria Helena Diniz, contudo, os elementos seriam apenas três, quais sejam: ação, comissiva ou omissiva, dano, moral ou patrimonial e por fim, nexos de causalidade entre o dano e a ação, estando a ação humana intrínseca no fator culpa.

O presente trabalho adere à primeira acepção dos elementos da responsabilidade, em que a conduta humana é um pilar imprescindível para a concretização de tal instituto. Passamos, portanto, a análise de cada um deles.

A conduta humana, pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um fato jurígeno. (TARTUCE, 2021, p. 399)

Nesse sentido, salienta-se que via de regra, a ação é pautada em uma conduta positiva, enquanto a omissão, apenas será configurada caso o indivíduo, ao ter um dever jurídico, não o cumpre, seja por omissão, imprudência ou imperícia.

No que tange ao elemento “culpa”, poderá ser dividida em “culpa genérica” ou “culpa *lato sensu*” que englobará o dolo e a culpa *strictu sensu*.

O dolo, dentro da esfera civil, em nada se equipara ao dolo provindo da esfera penal. Com conceitos similares, em que a configuração de tal instituto se perfaz na violação de forma intencional para com o direito de pessoa alheia, no mundo cível, gerará apenas a obrigação de pagar perdas e danos. (apud TARTUCE, 2021, p. 404)

O nexos causal ou nexos de causalidade estabelecerá a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, fundando uma noção de vínculo ou ligação. Flávio Tartuce aduz que tal elemento da responsabilidade civil se trata de um elemento imaterial ou espiritual capaz de gerar o dever de indenizar.

Por fim, a análise do último elemento: o dano. O ordenamento jurídico, em um primeiro momento, elenca dois tipos de dano, o moral e o patrimonial. Para caracterização

do dano é necessário que haja uma certeza de tal prejuízo, e então a sua subsistência, não podendo ser indenizado o dano meramente hipotético.

A análise desses elementos permite o estudo da responsabilidade civil do Estado ou da dita Administração Pública. Hely Lopes Meirelles, ao fazer uma análise da evolução doutrinária da responsabilidade do Estado, colaciona três fases da doutrina: a da irresponsabilidade, para então alcançar a responsabilidade com culpa e por último, a fase contemporânea, a responsabilidade pública.

A responsabilidade pública, nesse caso, é adotada justamente em razão das prerrogativas inerentes à Administração e a posição que esta ocupa perante os cidadãos. Não há como equiparar o ente estatal a um particular, que se encontra totalmente desprovido de privilégios e autoridade.

Tal disparidade entre as partes não permite a adoção da responsabilidade civil comum pois há um predomínio de normas cogentes nas relações jurídicas que firma a Administração Pública para com seus administrados. As prerrogativas do poder público beneficiam os particulares por meio de seus serviços, o que enseja a uma responsabilidade objetiva do Estado, em que a culpa deverá ser provada quando este faltar para com essa prestação.

Fixada tal questão acerca da responsabilidade objetiva do estado, surgem três teorias objetivas que formam a base desse dever de indenizar, quais sejam: a teoria da culpa administrativa, a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo, a qual interessa para o presente trabalho.

Para a teoria do risco administrativo, diferentemente da teoria da culpa administrativa, não é necessário que haja a falta de qualquer serviço público tampouco a culpa de seus agentes, bastando somente a existência da lesão. A culpa, portanto, é inferida a partir do fato lesivo, enquanto para a teoria da culpa administrativa, a culpa é resultado da falta administrativa.

O risco, nesse caso, é gerado pelas atividades do Poder Público que podem acarretar danos aos administrados, e esses, em sua condição hipossuficiente perante as prerrogativas da Administração, não são capazes de suportá-los. A compensação ocorrerá através do erário, representado pela Fazenda Pública.

Perquire-se que embora a teoria do risco administrativo dispense a comprovação da culpa por parte da Administração, essa poderá excluir ou atenuar o montante da indenização caso comprove a culpa da vítima para a ocorrência do evento danoso.

6 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA

A responsabilidade solidária é um instituto que possui caráter principal, regida, sobretudo, pela legislação privada vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Será configurado tal instituto quando na presença de uma pluralidade de devedores concorrendo pelo cumprimento de determinada obrigação, poderá o credor exigir que esta seja paga em sua totalidade por todos os devedores ou até mesmo daquele devedor que demonstrar maior probabilidade de cumpri-la por inteiro.

Nesse sentido, aduz Diogo Palau Flores dos Santos que a obrigação solidária se trata de obrigação múltipla e portanto “se configura quando há mais de um indivíduo em um ou em ambos os polos da relação obrigacional, ou seja, vários credores, devedores ou ambos.” (SANTOS, 2014, p. 80)

Insta salientar acerca do caráter excepcional da solidariedade, que impede a sua presunção a meras conjecturas, devendo ser resultante da lei ou da vontade das partes, conforme o disposto no artigo 265 do Código Civil que dispõe: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.”

No que tange ao direito trabalhista, a responsabilidade solidária pode ser encontrada nos contratos de subempreitada, disposta pelo artigo 455 da CLT, onde o subempreiteiro responde conjuntamente com o empreiteiro principal.

Como exposto no parágrafo único do supracitado dispositivo, quando se tratar de responsabilidade solidária, o devedor que se encarregar do cumprimento da obrigação em sua totalidade, nos termos da lei civil, terá direito a ação regressiva perante os demais devedores.

Já a responsabilidade subsidiária, essa possui um caráter suplementar, ensejando uma ordem preestabelecida quanto ao cumprimento da obrigação. A palavra “subsidiário” é resultante do vocábulo latino “*subsidiarius*”, que assenta algo secundário, reforçando que há um outro tipo de responsabilidade de caráter principal. (SANTOS, 2014, p. 80)

Nesse caso, o cumprimento da obrigação deverá ser exigido primeiramente do devedor principal e só então poderá ser exigida do devedor subsidiário.

O instituto da responsabilidade subsidiária, portanto, enseja o “*benefício de ordem*”, previsto a título de exemplo, no disposto do artigo 795, § 1º do Código de Processo Civil, que aduz que se tratando de sociedade, os bens particulares dos sócios não responderão pelas dívidas da sociedade, salvo aqueles casos previstos em lei e que o sócio réu, sendo responsável pela dívida da sociedade em si, terá o direito de exigir que os bens da sociedade sejam executados de forma primária.

Outro caso comum que garante o benefício de ordem é a fiança. O fiador terá o direito de exigir primeiramente a liquidação dos bens do devedor principal para só então arcar com a obrigação.

7 ANÁLISE COMPARATIVA DO ART. 121 DA LEI 14.133/2021 E A SÚMULA 331 DO TST

A terceirização de serviços, enquanto um mecanismo de descentralização, surge com o escopo de reduzir custos, trazendo numerosas mudanças nos padrões de contratação de mão de obra. No Brasil, tal instituto encontra seu marco jurídico no disposto na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Os limites jurídicos contidos no disposto da supracitada súmula ensejam uma contenção do fenômeno da terceirização que comprovou um crescimento significativo nas últimas décadas em razão da necessidade de flexibilização na execução de atividades-meio das empresas, do desenvolvimento socioeconômico da uma sociedade capitalista e conseqüentemente, uma maior liberdade econômica. Não obstante, ao romper com o binômio padrão da relação jurídica “empregado-empregador” do direito do trabalho, inserindo um terceiro, a imposição desses limites corrobora a necessidade de se regulamentar o instituto e conseqüentemente, o legitimar dentro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, enseja a observância à nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.133/2021), que em seu artigo 121 sedimenta um entendimento há muito tempo já consolidado pela Súmula nº 331 do TST.

O entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho supracitado, aduz, em seus incisos IV e V – conforme já exposto - que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador, desde que haja participação na relação processual e conste do título executivo extrajudicial. No que concerne a responsabilidade do ente público, este também responderá de forma subsidiária pelas verbas inadimplidas, desde que haja a devida comprovação de sua conduta culposa no cumprimento das obrigações, principalmente, na fiscalização indevida destas, não ensejando, contudo, uma responsabilização automática em razão de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada.

Passa-se, portanto, a análise do artigo 121 da nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.333/2021) supracitada, que ensejou numerosos questionamentos dentro do Direito do Trabalho.

É possível, logo de início, observar que o caput do dispositivo expressamente aduz que apenas o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais advindos da relação contratual estabelecida e em seguida, em seu parágrafo 1º, reforça a vedação da responsabilização automática do ente público pelas verbas inadimplidas pela empresa contratada e dá outras providências, vide:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

Contudo, no segundo parágrafo, o dispositivo consolida o disposto na Súmula 331 do TST no que tange a eventual responsabilização do ente público e a configuração da culpa quando, durante a execução contratual, nos contratos que versem exclusivamente sobre regime de dedicação exclusiva de mão de obra, restar comprovado falha na fiscalização acerca do cumprimento das obrigações da empresa contratada, é o que se dispõe:

[...] § 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado

Como já mencionado, a responsabilização do ente público e a eventual responsabilidade subsidiária perante as verbas inadimplidas podem ser eximidas com a comprovação de uma devida atividade fiscalizatória perante toda a execução contratual. Nesse sentido, o mesmo dispositivo, em seu parágrafo 3º elenca algumas medidas que poderão ser tomadas pela Administração Pública, mediante disposições em edital ou até mesmo no contrato, a fim de que se assegure o cumprimento das obrigações impostas à empresa contratada e conseqüentemente exima o ente público de uma possível condenação.

8 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o instituto da terceirização é fundamental dentro do ordenamento jurídico uma vez que este é capaz de fazer com que se dê maior atenção às atividades-fim da Administração Pública, tornando a prestação de serviços muito mais céleres e especializadas. Não obstante, impedirá um crescimento exacerbado da máquina pública no que tange a descentralização para cumprimento das prerrogativas inerentes ao Estado, bem como acarretará um menor dispêndio de recursos.

No que tange a responsabilização do ente público nos contratos de terceirização, o advento da nova lei de licitações vem mormente pacificar as disposições contidas em instruções normativas, súmulas e decretos, ensejando uma maior segurança jurídica aos tribunais ao julgar as reclamatórias trabalhistas que versem sobre esse tipo de relação jurídica trilateral.

Caberá, portanto, ao ente público durante a vigência dos contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, o ônus fiscalizatório e sua conseqüente comprovação, para que não incorra em eventual conduta culposa e seja responsabilizado a arcar com a

inadimplência de verbas de diferentes naturezas que foram descumpridas pela empresa contratada.

Por fim, insta salientar ainda, que a nova lei traz expressamente medidas que poderão ser observadas durante o processo licitatório, a fim de garantir que em eventual inadimplência por parte da empresa contratada, a Administração Pública esteja munida de meios plausíveis para garantir aos empregados o pagamento de suas verbas e evite futuros danos ao erário público.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Valdenir Cardoso. **Aspectos da Responsabilidade Civil Objetiva**. Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/aspectos-da-responsabilidade-civil-objetiva/#:~:text=Teoria%20do%20risco,-No%20final%20do&text=Para%20essa%20teoria%2C%20toda%20pessoa,para%20a%20id%C3%A9ia%20de%20risco>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. A História da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. **Revista de Ciências Sociais**, 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657/8494>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. **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, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Normativa nº 5**, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A terceirização na administração pública: vantagens e desvantagens e ameaças ao regime jurídico das relações de trabalho. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1298/1724>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CARVALHO, Matheus; OLIVEIRA, João Paulo, ROCHA, Paulo Germano. **Nova lei de licitações comentada**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FIGUEIRÔA JUNIOR, Narciso. As repercussões trabalhistas da nova lei de licitações. **ConJur**, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniaoo**-repercussoes-trabalhistas-lei-licitacoes. Acesso em: 22 jul. 2021.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 15.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização - trabalho temporário, cooperativas de trabalho**. 5. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 4.

LANG, Karine Mastella; SILVEIRA, Davi. A responsabilidade civil do Estado. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado/>. Acesso em: 31 jul. 2021.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. A responsabilidade civil e os danos indenizáveis. **ConJur**, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis#:~:text=Os%20elementos%20ou%20pressupostos%20gerais,e%20o%20dan%20ou%20preju%C3%ADzo.&text=O%20nexo%20de%20causalidade%20%C3%A9,conduta%20humana%20ao%20resultado%20danoso>. Acesso em: 31 jul. 2021.

LODUCA, Emilia Kazue Saio. As responsabilidades solidárias e subsidiária no Direito do Trabalho e os impactos da reforma trabalhista nestes institutos. **Âmbito Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/as-responsabilidades-solidaria-e-subsidiaria-no-direito-do-trabalho-e-os-impactos-da-reforma-trabalhista-nestes-institutos>. Acesso em: 8 jul. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020.

MENDES, Lorena Lopes Freire. Terceirização na administração pública: a fiscalização como dever jurídico do poder público contratante. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, v. 65, n. 99, p. 311-350, jan./jun. 2019.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública**: estudo da responsabilidade subsidiária. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série IDP).

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.