

COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO – COGEAE, DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE
SÃO PAULO

DEBORA HOCHBERG

**A TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA ENQUANTO TOMADORA DE SERVIÇOS**

São Paulo
2012

DEBORA HOCHBERG

**A TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA ENQUANTO TOMADORA DE SERVIÇOS**

Monografia apresentada na Coordenadoria
Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e
Extensão – COGEAE, da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Ricardo Guimarães

São Paulo

2012

DEBORA HOCHBERG

**A TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA ENQUANTO TOMADORA DE SERVIÇOS**

Monografia apresentada na Coordenadoria
Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e
Extensão – COGEAE, da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Ricardo Guimarães

Dedico o presente trabalho, agradecendo todo o carinho, todo o afeto e todo o conhecimento transmitido, aos meus pais, Henrique e Mônica, que sempre fiaram extrema confiança em meus estudos, oferecendo-me, desde sempre, todo o apoio necessário para que eu pudesse caminhar em direção aos meus sonhos, inclusive quanto à minha formação intelectual.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o fenômeno da terceirização na sociedade brasileira, bem como sobre a sua prática junto à Administração Pública, provocando a discussão sobre a sua responsabilidade sobre a relação de trabalho estabelecida pelas empresas por si contratadas e pelos empregados destas.

É apresentado panorama jurídico sobre a questão, abordado a terceirização como relação jurídica que se desenvolve em evolução, considerando-se, inclusive, as disposições do ordenamento jurídico pátrio acerca da matéria, invocando-se à discussão aspectos relacionados à responsabilidade civil do Poder Público nesse tipo de pacto.

SUMÁRIO

1. TERCEIRIZAÇÃO.....	7
1.1. Introdução e Conceito.....	7
1.2. A Evolução Histórica da Terceirização.....	8
1.3. Natureza Jurídica.....	12
1.4. Limites legais.....	14
1.5. Aplicação de Princípios de Direito.....	15
1.6. Da Súmula 256 do TST.....	19
1.7. Da Súmula 331 do TST.....	23
1.8. Distinção: Terceirização Lícita e Ilícita.....	27
2. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	32
2.1 Da responsabilidade civil.....	32
2.2. Da responsabilidade civil do Estado.....	33
2.3. O direito positivo e a responsabilidade civil do Estado.....	42
2.4. O dano indenizável.....	44
2.5. Da exclusão de responsabilidade do Estado.....	44
3. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO.....	47
3.1. Do permissivo legal.....	47
3.2. Da responsabilização à luz do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações.....	49
3.3. Da responsabilidade subsidiária.....	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS.....	79

1. TERCEIRIZAÇÃO

1.1. INTRODUÇÃO E CONCEITO

Em razão da associação de fatores nos últimos anos como, a inovação tecnológica, a alteração nos métodos utilizados na gestão de mão de obra, nas alterações na organização da produção, as relações individuais de trabalho sofreram inúmeras modificações.

A festejada doutrinadora Alice Monteiro de Barros ensina que, *“Essas mudanças deram origem ao conhecido debate sobre a flexibilidade do emprego, em contraposição à relação de emprego ‘típica’, gerada por um contrato de trabalho indeterminado, com um empregador único e protegida contra a dispensa injusta. Sustenta-se que essa relação de trabalho ‘típica’ é incompatível com a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo econômico competitivo.”*¹

Assim, para que as empresas pudessem se adaptar a esse processo altamente competitivo surgiu o fenômeno da terceirização, que fez com que as atividades secundárias fossem transferidas a terceiros, ou seja, descentralizadas, permitindo, desta forma, que o foco ficasse concentrado na atividade fim, melhorando a qualidade do produto oferecido ou serviço prestado.

Na teoria, a terceirização tem por objetivo diminuir os custos e trazer melhorias à qualidade do produto ou serviço. Alguns doutrinadores chamam esse processo de “especialização flexível”, uma vez que em razão dele surgem empresas com acentuado grau de especialização em certo tipo de produção, porém com capacidade para atender a mudanças de pedidos de seus clientes.

O procedimento da terceirização apresenta-se, originalmente, não apenas com vantagens na diminuição dos encargos, se comparado à contratação direta dos trabalhadores necessários àquelas atividades

¹ Curso de Direito do Trabalho – Alice Monteiro de Barros – Editora LTr75 - 7ª Edição – 2011 – página 357.

terceirizadas, mas também o atendimento das exigências quanto à qualidade, competitividade e agilidade necessárias para as adaptações às inúmeras mudanças das condições do mercado.²

Para o Doutrinador Sergio Pinto Martins, “*Surge a terceirização a partir do momento em que há desemprego na sociedade. É o que ocorre no nosso país, quando passamos por crises econômicas, em que o empresário procura diminuir seus custos, principalmente com mão e obra.*”³

Vale mencionar que, muito embora existam algumas Leis e Decretos específicos sobre a terceirização, o que será visto mais adiante, não existe, contudo, qualquer vinculação contratual entre o tomador final do trabalho e o trabalhador. Ao analisar o instituto da terceirização por este aspecto, resta indubitável a necessidade de regulamentar essa modalidade de contratar, delimitando-se, desta forma, a responsabilidade das empresas envolvidas e seus limites em relação ao trabalhador.

Sem qualquer legislação específica nesse sentido, os limites atualmente são delineados mediante entendimento jurisprudencial, o qual prevê duas possibilidades de responsabilizar o tomador pelas verbas trabalhistas do empregado, quais sejam, a solidária e a subsidiária, sendo a última a mais aplicada, conforme será amplamente estudado.

1.2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO

O instituto da terceirização começou muito antes do que o imaginado.

Na Segunda Guerra Mundial, as empresas que fabricavam armas nos Estados Unidos e países europeus, se viram sobrecarregadas com o enorme aumento demanda. Desta forma, a fim de dar conta da grande

² Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços – Michel Olivier Giraudeau – Editora LTr - 1ª Edição – 2010 – página 19.

³ A Terceirização e o Direito do Trabalho – Sergio Pinto Martins – Editora Atlas 11ª Edição – 2011 – página 01.

demanda e suprir a produção de armas, referidas fábricas começaram a delegar seus serviços a terceiros.

Indubitável que a terceirização não iniciou somente a partir deste momento, porém, por ter a contratação desse tipo de atividade se dado em escala expressiva, tem-se como marco o início do instituto da terceirização.

Já no Brasil, aproximadamente em 1950, multinacionais introduziram a terceirização, em vista do interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. A indústria automobilista é, até os dias atuais, um grande exemplo nesse sentido, já que ainda contratam terceiros para produzirem os componentes dos automóveis, apenas reunindo as peças montadas por terceiros para proceder à montagem final do veículo.

A partir de então, começaram a ser editadas leis, decretos-leis, e decretos, para regulamentar a atividade, e, mais, impor a utilização da terceirização em alguns casos, já que a CLT previu em seu artigo 455 apenas as figuras da empreitada e subempreitada, já que quando de sua edição o instituto da terceirização era desconhecido.

A lei n. 4.594/64, por exemplo, preconiza em seu artigo 17, que a seguradora não pode fazer a venda do seguro diretamente ao segurado, o que tem que ser feito por corretores autônomos ou corretora, o que caracteriza uma nítida terceirização das atividades.

Já as empresas de limpeza e conservação que surgiram no Brasil em 1967, são consideradas, assim como as empresas automotivas, pioneiras na terceirização.

Em 1966, foram editados os Decretos Leis números 1.212 e 1.216, que permitiram aos Bancos dispor de serviços prestados por empresas particulares. O Decreto Lei n.1.034, de 21.10.1969, que tratava das medidas de segurança para instituições bancárias, caixas econômicas e cooperativas de créditos, já dava a entender sobre a possibilidade de contratarem terceiros para

vigilância ostensiva, mediante a aprovação dos nomes pela Polícia Federal. Mencionado Decreto não deixava pairar qualquer dúvida de que a empresa de créditos poderiam admitir diretamente ou contratar por intermédio de empresas especializadas os elementos necessários para sua vigilância.

Ainda na esfera bancária, em 22 de maio de 1968, entrou em vigor o Decreto n. 62.756, que estabeleceu regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação da mão de obra, revelando que a partir de referido momento havia licitude na contratação de funcionários por meio das mencionadas agências, atividade rotineira na prática.

No setor público, editaram-se o Decreto n. 200/67 e a Lei 5.645/70, regulando-se a contratação dos serviços apenas executivos ou operacionais pela Administração Pública.

A Lei n. 8.949/94 incluiu o parágrafo único do artigo 442, consolidado, tratando-se especificamente das contratações de cooperativas e afastando a possibilidade de vínculo nas relações legitimamente estabelecidas nesses termos.

Em razão do grande número de subcontratações, a Lei nº 8.036/90 (FGTS), também fez referência em seu artigo 15, parágrafo 1º, da terceirização, quando ao conceituar empregador, pretende incluir *o fornecedor ou tomador de mão de obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha a obrigar-se.*

Nos ensina o professor Michel Olivier Giraudeau, que *“Embora a referência legal não se apresente com muita propriedade, na medida em que o tomador dos serviços terceirizados não se confunde com empregador do próprio empregado da empresa prestadora de serviços, a referência legal demonstra reconhecer essa forma de contratação como uma realidade.”*⁴

⁴ Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços – Michel Olivier Giraudeau – Editora LTr - 1ª Edição – 2010 – página 26.

Além disso, diversos projetos de lei já foram apresentados a respeito do instituto da terceirização, destacando-se, além dos já aduzidos, o de n. 8.174/86, encaminhado por Almir Pazzianoto Pinto, enquanto Ministro Don Trabalho. Referido projeto foi retirado de pauta para melhor análise, diante, inclusive, do então Enunciado 256, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que, o qual restringia a possibilidade apenas aos casos de trabalho temporário e serviços de vigência:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

Há de se ver, contudo, que carece o ordenamento jurídico de legislação específica que regule a questão de modo a delimitar as possibilidades de utilização do instituto, bem como para fins de delimitação de responsabilidades. E isso tem intensificado o papel da jurisprudência.

Conforme leciona o professor Maurício Godinho Delgado⁵, *“No corpo dessas alterações uma das mais significativas foi a referência à distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços (referência que, de certo modo, podia ser capturada no texto dos dois diplomas sobre reforma administrativa na década de 1960: art. 10, caput, Decreto-lei n. 200/67 e lei n. 5.645/70). Essa distinção marcava um dos critérios de aferição da licitude (ou não) da terceirização perpetrada”*.

A atual Súmula 331 aponta como lícita a contratação de serviços de vigilância (Le 7.102/1983)m de conservação e limpeza, *“bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que*

⁵ Curso de Direito do Trabalho, 7ª Edição, LTr, página 440.

inexistente a personalidade e a subordinação direta” (inciso III do referido Enunciado).

Entende-se por atividade-meio aquela de mero suporte, a qual não integra o centro da atividade econômica desenvolvida pelo empregador, ou seja, sua essência. Já a atividade-fim é exatamente aquela que compõe a atividade nuclear desenvolvida pelo empregador.

Nessa toada, tem-se admitido, inclusive na Administração Pública, a terceirização de atividade-meio, desde que se trate de serviço especializado autonomamente, e estejam ausentes a personalidade e subordinação direta.

Referida Súmula 331, portanto, tem por importante marca a discriminação do que é terceirização lícita e o que é terceirização ilícita, distinção esta que se apresenta como fator importante à interpretação da extensão da responsabilidade decorrente das relações jurídicas terceirizadas.

1.3. NATUREZA JURÍDICA

Na terceirização, verificam-se três tipos de relações jurídicas. A primeira, envolvendo a empresa prestadora dos serviços e a empresa tomadora – no caso, uma relação jurídica de ordem civil; a seguir, têm-se uma segunda relação jurídica, envolvendo o trabalhador e a empresa prestadora – configurando uma relação de emprego; finalmente, existe uma relação de trabalho, que surge do envolvimento entre o trabalhador e a empresa tomadora.

A denominação brasileira dada ao fenômeno demonstra a intenção de transferir a posição de empregado a uma terceira pessoa, que passa a ser responsável pelo pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados, bem como recolhimento dos encargos sociais.

Assim, a natureza jurídica da terceirização é contratual, na medida em que é firmado o contrato entre duas empresas, baseado no acordo de

vontades, em que a primeira – prestadora de serviços – prestará à segunda – tomadora de serviços – serviços especializados de forma continuada.

Segundo Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, citados por Rubens Ferreira de Castro⁶, a terceirização “*enquadra-se em uma das espécies contidas no gênero denominado 'contratos de atividade'(16), entendidos como aqueles em que alguém se compromete a colocar a sua atividade em proveito de outrem mediante remuneração*”.

O contrato é o assentimento de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto. É o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. E sua validade pressupõe necessariamente existência de pessoa capaz, o objeto lícito e forma prescrita e não proibida por lei”.

Em nosso País, o instituto da terceirização pode utilizar-se de várias formas de contratos de natureza civil, como o contrato de empreitada e sub-empreitada, o contrato de locação de serviços e a parceria. São contratos regulados pelo Código Civil Brasileiro.

Contudo, a terceirização não se confunde com a empreitada, a *locatio operis*, pois nesta, o que interessa é o resultado da obra. Inexiste, via de regra, um sistema de parceria entre quem contrata a empreitada e o empreiteiro. Este tem apenas o interesse em concluir a obra e não em ser parceiro do terceirizante. Ao contrário, na terceirização, a idéia de parceria é substancial.

Diga-se, também, que de certa forma a terceirização não se confunde com a subcontratação, pois nestas muitas vezes o interesse principal é a contratação de pessoal para as ocasiões em que a empresa tem maiores necessidades de produção. Na terceirização, o contato com o terceirizado é permanente e não ocasional apenas para atender a picos de produção, como na subcontratação.

⁶ *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, página 83.

A terceirização guarda muita semelhança com o contrato de trabalho temporário, pelo fato de ambos apresentarem estrutura trilateral, vislumbrando-se dois vínculos formais: um vínculo de caráter civil, através de um contrato de prestação de serviços, entre a empresa tomadora e a empresa prestadora ou de trabalho temporário, e outro de caráter trabalhista entre esta e o trabalhador. Em ambos tipos de trabalho, a empresa cliente igualmente se beneficia da execução do trabalho.

A diferença encontra-se, porém, em que na terceirização, pelo menos em tese, a empresa prestadora, formal empregadora, não delega a função de direção dos trabalhos desenvolvidos, como ocorre, por outro lado, no trabalho temporário, em que a empresa de trabalho temporário delega essa direção para a empresa tomadora.

1.4. LIMITES LEGAIS

Inexiste em nosso ordenamento jurídico qualquer norma que obste a contratação de serviços por terceiros. A própria Carta Magna em seu artigo 170, consagra, como visto no capítulo anterior o princípio da livre iniciativa, desde que respeitada e resguardada a dignidade humana dentre outros princípios mencionados anteriormente.

Àqueles que prestam serviços, resta cumprir as obrigações inerentes que decorrem de sua atividade, como, por exemplo, o pagamento de impostos e recolhimentos previdenciários.

Firmada a contratação da empresa prestadora de serviços com a tomadora, a consideração de vínculo de emprego entre esta e os empregados daquela deve, necessariamente, estar precedida de uma minuciosa análise da existência de fraude na contratação. Mencione-se que, embora não haja regulamentação legal específica, a terceirização é tomada como legal ou lícita em face do ordenamento jurídico, se, *a priori*, observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, obviamente sem a pretensão de fraudá-los, distanciando-se da relação de emprego com a tomadora.

Com base nesse critério, a terceirização será ilícita ou ilegal, quando não se justifica pela especialidade da empresa terceirizada, e que apenas se dirige a contratação permanente de mão de obra, com a interposição dessa empresa prestadora, numa relação que deveria estabelecer diretamente entre o trabalhador e a tomadora, dando ensejo a fraudes e a prejuízos dos empregados.⁷

1.5. APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE DIREITO

Não existe norma legal que proíba a contratação de serviços por terceiros e que vede o exercício de atividades lícitas inerentes à administração de uma empresa.

Ao contrário disso, o próprio artigo 5º assegura em seu inciso XIII que, *“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*.

Contudo a livre iniciativa e a liberdade econômica, princípios estes dispostos no artigo 1º, III e IV, art. 3º, I, *in fine*, III e IV. Art. 4º, II, art. 6º, art. 7º, *caput*, VI, VII e X, todos da Constituição Federal, visam evitar exageros que venham a afrontar o trabalho humano.

O artigo 170, da Carta Magna, embora consagre em seu *caput* o princípio da livre iniciativa, não deixa de determinar que a finalidade da ordem econômica está voltada a assegurar a existência digna.

Nesse sentido vale destacar os ensinamentos do doutrinador Ingo Wolfgrand Sarlet⁸, que define brilhantemente a dignidade da pessoa humana: *“qualidade intrínseca e distintiva, reconhecida em cada ser humano o que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres*

⁷ Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços – Michel Olivier Giraudeau – Editora LTr - 1ª Edição – 2010 – página 53.

⁸ Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição, Livraria do Advogado, 2001, página. 141/142.

fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Já o princípio do valor social do trabalho e a dignidade humana são pilares estruturados em garantias sociais, tais como o direito à saúde, à segurança, à previdência social e ao trabalho.

Além dos princípios supra mencionados, mister se faz destacar as disposições infraconstitucionais, quais sejam, os artigos 186, 187 e 594, todos do Código Civil, que asseguram a reparação dos prejuízos sofridos pelo trabalhador na possibilidade de descumprimento das obrigações dos contratantes.

Referidos princípios são de suma importância para o desenvolvimento de uma sociedade. Por essa razão é que qualquer transformação na relação de trabalho merece uma análise minuciosa, sob a égide do Direito do Trabalho, já que este ramo do Direito é responsável por traçar contornos aceitáveis dessa transformação, salvaguardando, sempre, esses princípios.

Os princípios fazem parte das regras morais e dos valores que informam o comportamento geral das pessoas na sociedade, sofrem valorações ético-políticas, são partículas do ambiente moral de cada sociedade.

Arnaldo Süssekind⁹ assinala: *“princípios são enunciados genéricos, explicitados ou deduzidos do ordenamento jurídico pertinente, destinados a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões”.*

⁹ Instituições de direito do trabalho. 21. São Paulo: LTr, 2003. v. 1, página 141-142.

Os princípios gerais do direito figuram como normas fundamentais do sistema jurídico, elementos importantes na condução da melhor hermenêutica do direito. Portanto, são normas mais amplas. São verdadeiras normas jurídicas, independentemente de estarem positivados ou não.

Nessa toada, o direito, enquanto ciência, é fundado em princípios universais ou específicos à sua área de concentração, os quais são de grande importância para a normatização e sua aplicação aos casos concretos. Por consequência, dispõe de verdades válidas e próprias da sua área do saber, compondo seus enunciados lógicos.

A Constituição Federativa traz sob sua proteção alguns princípios gerais de direito, também aplicáveis ao direito do trabalho. São princípios fundamentais constitucionais. E a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana define-o como valor e núcleo essencial para a construção e o desenvolvimento de uma sociedade mais igualitária e justa. De tal princípio se desencadeiam todos os demais valores, como liberdade, direito à vida, igualdade, segurança, desenvolvimento e justiça.

O direito positivo trabalhista tem essência intervencionista, como consequência da liberdade completa da autonomia das vontades nas relações contratuais, o que permitia a exploração do trabalhador. E sendo o direito do trabalho composto de legal de proteção do trabalhador, é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre a favor do obreiro.

O princípio da proteção do trabalhador é uma premissa do direito do trabalho em favorecer a parte mais fraca na relação empregado-empregador, envergando-se em proteção do trabalhador. E tal princípio é basilar e imprescindível para a orientação do direito do trabalho, na medida em que rompe com a premissa de que as partes da relação jurídica de trabalho são iguais, tutelando direitos da parte que possui evidente inferioridade, ou seja, o empregado.

A efetividade dos princípios se faz valer pelo modo de utilização desses princípios, não só na sua interpretação, mas também na sua aplicação ao caso concreto.

O princípio da proteção do trabalhador abrange três regras básicas de interpretação justralhista:

(i) *in dubio pro operario*: deve o intérprete utilizar o sentido da norma mais favorável ao trabalhador, caso essa possa ter vários sentidos, ou seja, havendo dúvida sobre o alcance da norma legal e que não esteja em desacordo com a vontade da lei, impõe-se a concessão de benefício ao empregado, pois é este o destinatário da tutela legislativa estatal;

(ii) regra da aplicação da norma mais favorável: independentemente da hierarquia da norma, dentre as várias normas aplicáveis, há de ser aplicada aquela que for a mais favorável para o empregado;

(iii) regra da condição mais benéfica: a regra pressupõe a existência de uma situação concreta (materialidade fática), anteriormente reconhecida, e determina que ela deva ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável.

Essas condições devem ser estabelecidas de forma definitiva e nunca provisória.

Também oportuno apontar o princípio da irrenunciabilidade dos direitos, decorrente do princípio protetor, caracteriza-se pela indisponibilidade dos direitos trabalhistas; pelo caráter cogente e imperativo das fontes formais. Outrossim, os direitos mínimos são inderrogáveis e intangíveis. E esse princípio visa a impor limites às diferenças entre o capital e o trabalho, tais como a limitação à autonomia da vontade (artigo 444, da CLT), o vício de consentimento presumido, ou seja, é a não-possibilidade de o empregado privar-se voluntariamente, em caráter amplo e por antecipação, dos direitos concedidos pela legislação trabalhista sob pena de tal renúncia ser invalidada.

De modo inexorável se apresenta, também, o princípio da continuidade da relação de emprego, o qual representa a tendência de se atribuir à relação jurídica de emprego a mais ampla duração, em todos os aspectos, ou seja, a preferência é pelos contratos por prazo indeterminado; pela permanência do contrato, a par dos descumprimentos e das nulidades; pela resistência a admitir-se a denúncia unilateral pelo empregador e pela manutenção do contrato no caso de substituição do empregador. É a base do instituto jurídico da estabilidade no emprego.

Por derradeiro, há de se lembrar o princípio da primazia da realidade significa dizer que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos. Contrato de trabalho é contrato-realidade, ou seja, funda-se nos preceitos da boa-fé, da dignidade da atividade humana, da desigualdade das partes e da interpretação racional da vontade das partes. Nesse contexto, o princípio da primazia da realidade prima pelo conhecimento da relação de trabalho a partir da prestação dos serviços, não do acordo abstrato de vontades.

Dessa forma, ainda que se tenha a carência de legislação, há de se observar que os princípios gerais de direito e os princípios específicos do direito do trabalho apresentam-se como pilares do ordenamento jurídico aplicáveis às relações de trabalho, inclusive, à terceirização.

1.6. DA SÚMULA 256 DO TST

A ausência de legislação que regule de modo completo e abrangente as relações de trabalho atinentes ao fenômeno da terceirização provocaram a necessária manifestação do Poder Judiciário quanto à questão.

Através da Resolução Administrativa nº 4/86, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 256. E o fez com a intenção de fixar a orientação jurisprudencial predominante sobre a questão:

"Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços."

O Enunciado n.º 256 teve a finalidade, portanto, de impedir a contratação através de pessoa intermediária, situação em que formalmente o trabalhador estaria sob a responsabilidade da empresa intermediária, mas se considerando configurada materialmente a relação de emprego com a empresa tomadora, a grande beneficiada pelo trabalho realizado.

Leciona o professor Homero Batista Mateus da Silva¹⁰ que "(...) a antiga Súmula 256, que combatia a terceirização e afirmava a relação de emprego diretamente com a tomadora na maioria dos casos".

Leciona o ilustre Sérgio Pinto Martins¹¹ que "As referências para a edição do verbete foram: Convenção Internacional nº 122 de 1964 – OIT (Decreto nº 666.499, de 27-4-70), que, entretanto, não trata de terceirização, mas de política de emprego, e nada veda sobre o assunto; Constituição Federal, arts. 160, incisos II, IV e VI, e 165, inciso V; Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 2º, §§ 2º, 3º e 9º, 442 e 444; Leis nº 6.019/74, 7.102/83, 5.645/70, art. 3º, parágrafo único; Decreto-lei nº 200/67, art. 10º, §§ 7º e 8º; RO-DC 203/84 – TO2.488/85, Min. Fernando Franco; RO-DC 535/83 – TP 968/85, Min. Nelson Tapajós, em que por meio de sentença normativa proibiu-se às empresas promover a locação de mão de obra".

Por meio do referido Enunciado, entendeu a Corte Superior que a contratação de empresa interposta só poderia ser admitida em casos excepcionais, pois a locação da força de trabalho é ilícita, visto que os homens não podem ser objeto desse tipo de contrato, apenas as coisas.

¹⁰ Curso de Direito do Trabalho, Volume 1, Parte Geral, Editora Elsevier, página 163.

¹¹ A Terceirização e Direito do Trabalho, 11ª edição, Editora Atlas, página 112.

Preocupou-se o TST, portanto, em proibir a intermediação de mão de obra tanto na atividade-fim como na atividade-meio, salvo nas hipóteses do trabalho temporário e da Lei nº 7.102.

Os fundamentos dessa posição sumulada pelo TST são expostas pela jurisprudência:

“VÍNCULO DE EMPREGO – EMPRESA LOCADORA DE MÃO-DE-OBRA. À exceção dos contratos de trabalho temporário e de vigilância, amparados por lei, não se há de aprovar a interposição de empresa locadora de mão-de-obra entre o patrão e o empregado, devendo o vínculo ser reconhecido entre estes, desde o início da prestação laboral, por força de ser nulo o pacto com a locadora (art. 9º, da CLT). Aplicável à espécie o Enunciado n.º 256 do TST. (...) Somente tenho admitido interpostos empresas entre o prestador e o tomador dos serviços, nas hipóteses permitidas pela Lei n.º 6.019/74 (trabalho temporário), e Lei número 7.102/83 (serviços de vigilância). Fora desses parâmetros não posso concordar com a atividade de firmas que não assumem qualquer risco empresarial próprio do universo produtivo, limitando-se a agenciar trabalhadores para alugá-los a terceiros, que os lotam em seus serviços permanentes, desviando-se dos encargos legais de empregadores”. TRT 7ª Reg. REX-OFF-RV 1167/89 – Ac. 757/90, unânime, 25.06.90, Rel. Juiz Antônio Ferreira Lopes.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência, com o passar do tempo, apresentou diversas críticas ao referido Enunciado, sob o argumento de que se não há norma ou preceito proibindo a prestação de serviços a terceiros, esta é livre, não havendo qualquer presunção de fraude.

O professor Octavio Bueno Magano¹² apresentou crítica ao Enunciado 256, asseverando que ele *"nega o princípio da licitude do não-*

¹² Política do Trabalho. 1992. LTr Editora. Citado por João de Lima Teixeira Filho. Instituições de Direito do Trabalho. Arnaldo Sússekind et al. Vol. 1. 1996. p. 273

proibido e faz apologia do seu contrário, ou seja, da regra de que só é lícito o expressamente previsto em lei", contrariando o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, que afirma que "ninguém pode ser constrangido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Já o festejado Amauri Mascaro Nascimento¹³, ao tratar do tema leciona que *"o critério taxativo que procurou estabelecer não foi seguido nem mesmo pelo TST, que passou a admitir a terceirização em outras atividades e a coibi-la apenas nos casos em que ficasse manifestada a fraude na contratação, assim considerada a contratação formal sem correspondência com a realidade e com o objetivo deliberado de impedir ou frustrar a formação de vínculos de emprego".*

Por esse entendimento, o Enunciado 256 não se aplicava à terceirização chamada lícita, legitimamente formada, mas, sim, à situação denominada terceirização ilícita, em que se manejava a aparência de terceirização para fraudar a relação empregatícia e os direitos dos trabalhadores.

Arnaldo Süssekind¹⁴, ao comentar o Enunciado 256 do TST, ensina que *"em nenhum dos textos aprovados nas três sessões plenárias foi inserida a proibição de uma empresa contratar sociedade prestadora de serviços ou obras pertinentes a esses contratos".*

Referido Enunciado, diante da nova realidade social e econômica criada pelo fenômeno da terceirização, tornou-se anacrônica, com fulcro, inclusive, no princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Assim, a Súmula 256 do TST foi cancelado em 2003, com a edição do Enunciado 331.

¹³ Curso de Direito do Trabalho. 1996. p. 319

¹⁴ LTr 51-3/276.

1.7. DA SÚMULA 331 DO TST

Em 17 de dezembro de 1993, o TST publicou novo enunciado, de n.º 331, revisando o anterior, de n.º 256:

"I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.109, de 3-1-74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República);

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 7.102, de 20-6-83), 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 na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial."

A Sumula 331 fora apresentada em seis partes, cada qual tratando de várias assuntos, dentre eles aqueles que não eram previstos no antigo Enunciado 256, como serviços prestados à Administração Pública e os serviços de limpeza. E isso demonstra que o tema foi tratado abarcando-se novidades, ampliando o seu conteúdo.

Em seu primeiro item, o Enunciado n.º 331 repete o princípio que fundamenta o Enunciado 256: a proibição da contratação por pessoa interposta, considerando-a fraudulenta baseado no art. 9º da CLT.

Prossegue o Enunciado do TST, no item III, colocando a questão da natureza da atividade executada pelo trabalhador, ou seja, se se trata de

atividade-meio ou atividade-fim, em função dos objetivos perseguidos pela empresa tomadora, enfim, da atividade por ela desenvolvida.

Com a edição da nova Súmula, a orientação jurisprudencial passou a ser não mais pela proibição, com exceções, mas, sim, pela a autorização geral, contanto que atendida a finalidade da atividade terceirizada, qualquer que fosse a sua natureza, e não mais a natureza da mesma.

Leciona Maurício Godinho Delgado¹⁵ que “A Súmula 331, como se percebe, deu resposta a algumas das críticas que se faziam ao texto da Súmula 256. Assim, incorporou as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 (conservação e limpeza e atividades-meio). Ao lado disso, acolheu a vedação constitucional de contratação de servidores (em sentido amplo) sem a formalidade do concurso público”.

No entanto, uma das referências mais importantes trazidas pelo Enunciado 331 foi a distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços. Tal distinção impacta na aferição do que lícito e ilícito na terceirização.

Dessa forma, caso se trate de exploração de atividades cujo fim é o apoio, a instrumentalidade do processo econômico (atividade-meio), nada impede a terceirização. De modo contrário, se a atividade explorada coincidir com os objetivos da empresa, a terceirização é desautorizada.

Porém, nas decisões dos tribunais essa posição não é a predominante. A jurisprudência entende que os casos mencionados no enunciado são apenas exceções à regra geral, qual seja a da proibição:

“Importa ressaltar que a Súmula 331 não abriu a possibilidade de ‘terceirização’ de mão-de-obra. Apenas explicitou, com objetividade, as exceções estabelecidas na lei e para atividades de limpeza, conservação e de natureza técnica, vinculadas à atividade-meio, onde

¹⁵ Curso de Direito do Trabalho, 10ª Edição, Editora LTr, página 437.

permitida a contratação de prestação de serviços junto a terceiros, deixando clara a necessidade de tais serviços estarem totalmente desvinculados do comando direto do tomadora. Contrario sensu, sempre que contratados terceiros para a execução de serviços vinculados à atividade-fim, o entendimento é de afronta à lei (verbete I do EN. 331)”. TRT 4ª Reg. RO 94.019924-6 – Ac. Turma Especial, maioria, 30.05.96, Rel. Juíza Carmen Camino.

Contudo, como bem expõe o professor Homero Batista Mateus da Silva¹⁶, “*não resta dúvida de que a Súmula 331 exerceu papel decisivo na disseminação do regime de terceirização no direito do trabalho brasileiro, para aqueles que andavam receosos, para aqueles que tinham dúvidas sobre o enquadramento legal ou simplesmente para aqueles que nunca tinham ouvido falar nessa decomposição da figura do empregador.*”

A Súmula 331 do TST não pode ser entendida como taxativa, mas podem existir outras atividades que podem ser terceirizadas ou pode existir fraude nas atividades nele indicadas.

Denota-se que foram mantidas as hipóteses lícitas de contratação de mão de obra por empresa interposta (trabalho temporário e serviços de vigilância), tendo sido incluídas, ainda, atividades de conservação e limpeza e serviços ligados à atividade-meio do tomador como formas de contratação sem geração de vínculo, porém, com a ressalva de que não haja pessoalmente nem subordinação direta com esse.

Ainda foi incluída a impossibilidade de verificação de vínculo de emprego com a Administração Pública, diante do disposto no artigo 37, inciso II, da Lei Fundamental, bem como a responsabilização subsidiária do tomador de serviços em caso de inadimplência do empregador principal (inciso IV).

¹⁶ Curso de Direito do Trabalho Aplicado, Volume I, Parte Geral, página 163.

O professor Maurício Godinho Delgado¹⁷ ensina que *“Tempos depois, já no ano 2000, o inciso IV receberia nova redação, para esclarecer que a responsabilidade subsidiária ali desnudada abrangia também ‘órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”*.

Isso porque, no ano de 2000, por meio da Res. 96/2000, o inciso IV da Súmula 331 sofreu nova revisão, passando a ter a seguinte redação:

“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 do título executivo judicial (art. 71 da Lei 8.666, de 21.06.1993)”

Por derradeiro, no ano de 2011, através da Resolução 174/2011, o Enunciado 331 sofreu novas alterações, com nova redação dada ao inciso IV e o acréscimo dos incisos V e VI:

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

V- Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero

¹⁷ Curso de Direito do Trabalho, 10ª Edição, Editora LTr, página 437.

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."

1.8. DISTINÇÃO: TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA

A expressão “terceirização” deriva da palavra terceiro, sendo denotando sentido de intermediário, atravessador, mediador, exprimindo a idéia de a descentralização empresarial de atividades para outrem.

Mauricio Godinho Delgado¹⁸ leciona que *“Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que seria correspondente. (...) A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza sua atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido”*.

A terceirização tem se expandido com o passar dos anos, tratando-se de fenômeno social, jurídico, econômico que, apesar de sua grande expressividade, não obteve regulamentação.

Reforça o professor Maurício Godinho Delgado, que *“trata-se de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que se assista a esforço legiferante consistente para sanar tal defasagem jurídica”*.

¹⁸ Curso de Direito do Trabalho, Editora LTr, 7ª edição, página 430.

A ordem jurídica mantém distinção entre terceirização lícita e ilícita, basicamente pelo que dispõe a Súmula 331, TST, onde estão assentadas as situações-tipo dessa modalidade. Essas são divididas em quatro grupos:

- I- Trabalho Temporário;
- II- Serviços de Vigilância;
- III- Serviços de conservação e limpeza;
- IV- Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

O primeiro grupo refere-se a situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário. São situações contidas expressamente na Lei nº 6.019/74 e trata-se da necessidade decorrente de acréscimo extraordinário de serviços na empresa ou de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular ou permanente da empresa tomadora como, por exemplo, a substituição nas férias ou na licença maternidade.

O segundo grupo é regido pela Lei nº 7.102/83, a qual regula os serviços de vigilância. O Enunciado 331 do TST veio ampliar o tipo legal, pois a Súmula 256 do mesmo Tribunal referia-se exclusivamente aos casos previstos na lei supracitada, e hoje, a nova Súmula menciona, de forma ampla, atividades de vigilância. Qualquer segmento do mercado de trabalho que contrate serviço de vigilância mediante empresa especializada, poderá servir-se do instrumento jurídico da terceirização.

Cabe lembrar que logo após a edição da Súmula 331, com interpretação ampliativa, o legislador efetuou alterações na Lei nº 7.102/83, através do diploma legal nº 8.863/94.

O terceiro grupo é o que compreende as atividades de conservação e limpeza. Essas atividades foram uma das pioneiras ao ter iniciado práticas terceirizantes no âmbito privado em nosso País. A conservação e limpeza pode ser de bens ou monumentos, por exemplo, e o serviço efetuado pode ser faxina, limpeza de vidros, serviços de copeira, etc.

O quarto e último grupo de situações passíveis de terceirização lícita refere-se aos serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador. Essas atividades-meio não são expressamente discriminadas, entretanto, nada mais são, que atividades que não estão no núcleo da atividade do tomador de serviços, ou seja, são diferentes da atividade-fim.

A discussão acerca do que seria atividade-meio e atividade-fim é antiga. GARCIA esclarece que “atividade-meio é aquela de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo atividade-fim, portanto, aquela que a compõe”[8].

Nos últimos três grupos citados acima, a terceirização só se manterá lícita se não houver pessoalidade e subordinação jurídica direta entre o trabalhador terceirizado e tomador de serviços (Súmula 331, III, *in fine*, TST).

A maioria das terceirizações no Brasil podem ser facilmente descaracterizadas de lícita para ilícita, pois em quase todos os casos há pessoalidade e subordinação direta do trabalhador com o tomador de serviços.

Como citado acima, impende frisar que no Direito do Trabalho é aplicável o princípio da primazia da realidade, no sentido de que o importante é a efetiva verdade dos fatos, não sendo levado em conta a denominação ou forma dada ao negócio jurídico.

A terceirização ilícita torna-se mais comum a cada dia no mercado de trabalho brasileiro. Os prestadores de serviço são subordinados à empresa tomadora e ainda existe pessoalidade nessa relação. Não se deve discutir se as empresas são idôneas ou não, o vínculo empregatício do terceirizado deixa de ser com o seu 'empregador primário' e passa a ser com o tomador de mão de obra.

O mesmo ocorre se a atividade exercida trata-se da atividade-fim do tomador de serviços.

A Súmula 331, inciso I, TST prevê: “*A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalhador temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.1974)*”.

A violação dos preceitos citados fere os direitos trabalhistas e é uma afronta à dignidade do trabalhador, já que o trabalho humano na terceirização ilícita é transformado em simples mercadoria, o que contraria, frontalmente, os fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, contidos no artigo 1º, incisos III e IV da Constituição Federal de 1988.

A subordinação é algo tão importante que é citado no Decreto-Lei nº 200/67 (regulamentado pelo Decreto nº 2.271/97). No artigo 4º, incisos II e IV, preceitua-se da proibição de que constem nos instrumentos contratuais a caracterização exclusiva do fornecimento de mão de obra como objeto do contrato e veda a subordinação dos trabalhadores terceirizados para com a Administração Pública.

A problemática da terceirização é que essa forma de contratação visa obter vantagens, sem se preocupar com o trabalhador.

A regra acima só pode ser aplicada se o tomador for do âmbito privado. Nesse contexto o Poder Público é privilegiado, já que o fato de estabelecer vínculo empregatício, sem prévio concurso público com o terceirizado, ainda que seja terceirização ilícita, feriria a Súmula 331, II, TST que dispõe: “*A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública, direta, indireta ou fundacional*”.

A discussão acerca do assunto é maior a cada dia. No caso de uma terceirização lícita, onde a empresa contratante não paga os direitos trabalhistas ao trabalhador, pela Súmula 331, TST a tomadora de serviços tem

responsabilidade subsidiária, não importando se ela é do âmbito privado ou público.

Quando ocorre o inadimplemento das obrigações trabalhistas, o trabalhador ingressa com reclamação trabalhista na Justiça do Trabalho e as empresas prestadoras, em sua maioria, não possuem patrimônio para garantir o pagamento de tais obrigações. As tomadoras de serviço, por conseguinte, geralmente incorrem na culpa *in eligendo* ou *in vigilando* (normalmente concomitantemente) e por isso respondem subsidiariamente quanto às obrigações trabalhistas.

Já no caso da terceirização ser ilícita existem duas possibilidades: se for da esfera privada pede-se o reconhecimento do vínculo empregatício. Quando se trata do Poder Público, pode-se pleitear isonomia salarial de todo o período laborado, inclusive com todos os direitos da categoria, o que será abordado no próximo capítulo.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O ordenamento jurídico pátrio prima pela consagração e manutenção do Estado Democrático de Direito. Para tanto, busca reprimir condutas ilícitas, aplicando proteção aos atos reputados lícitos.

O artigo 186 do Código Civil, calcado no princípio constitucional da legalidade, estabelece que *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Vale dizer que o artigo 187 do Código Civil apresenta a extensão do conceito de ato ilícito, descrevendo o abuso de direito: *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

Assim surge a responsabilidade civil, devida se houver a violação de um dever jurídico pela prática de ato ilícito ou de abuso de direito e se dessa violação resultar um dano.

Para a teoria clássica da responsabilidade civil, a culpa apresenta-se como o fundamento da obrigação de reparar o dano. E por esse prisma, não havendo culpa, não há obrigação de reparar o dano, o que faz nascer a necessidade de provar-se o nexo entre o dano e a culpa do agente.

Dada a insuficiência da teoria subjetiva para solução de conflitos modernos, o direito passou a desenvolver teorias que prevêm o ressarcimento do dano, em alguns casos, sem a necessidade de provar-se a culpa do agente que o causou. Esta forma de responsabilidade civil, de que é exemplo o art. 21, XXIII, d, da constituição federal do Brasil, é chamada de teoria objetiva da responsabilidade civil ou responsabilidade sem culpa.

2.2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O Estado, para fins de responsabilidade civil, está subordinado a princípios próprios, sincronizados com as especificidades de sua constituição jurídica, mais abrangente que a responsabilidade atribuídas às pessoas particulares.

Acerca da responsabilidade civil do Estado, leciona o ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁹ que *“a obrigação que lhe incumbe de reparar os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”*.

Veja-se que essa responsabilidade mais ampla é justificada pelo fato de que as funções do Estado dão ensejo a possibilidade de danos em alcance majorado, implicando na limitação das possibilidades dos administrados de se esquivarem dessa ação estatal.

Assim, a responsabilidade do Estado não há de ser confundida com a obrigação de indenizar o particular em situação de imperiosa intervenção em direitos de terceiro, como no caso da desapropriação, por exemplo. Em tal tipo de obrigação, o Estado atua legitimado por norma que o autoriza a interferir em direito alheio.

Entretanto, caso o Estado, ainda que venha a agir de forma lícita, incorra na provocação de prejuízo a um direito alheio, mostrar-se-á devida sua responsabilização.

Veja-se que a consagração da responsabilidade civil do Estado constitui-se em imprescindível mecanismo de defesa do indivíduo face ao Poder Público, consubstanciada na eficácia vertical dos direitos fundamentais. E através da possibilidade de responsabilização, o particular tem a si

¹⁹ Curso de Direito Administrativo, 26 edição, Editora Malheiros, 2009, página 983.

assegurado a certeza de que todo dano a direito seu ocasionado pela ação do Estado será por esse ressarcido.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais, que resguarda a possibilidade de responsabilização do Estado, superou da teoria de irresponsabilidade. Por essa teoria, o Estado, por atuar em interesse da coletividade, não poderia ser responsabilizado, sendo resguardado ao particular apenas o direito de ação contra o funcionário público.

Contudo, no Estado Democrático de Direito, resta reconhecido que o Estado submete-se ao direito, na medida em que é dotado de personalidade, titular de direitos e deveres.

As Constituições Federais de 1824 e de 1891, rezavam que os funcionários públicos eram direta e exclusivamente responsáveis por prejuízos decorrentes de omissão ou abuso no exercício de seus cargos. Nessa toada, o Estado não assumia nenhuma responsabilidade perante terceiros prejudicados por atos de seus servidores. Prevalencia, pois, a teoria da irresponsabilidade do Estado por atos de seus servidores.

Sob a égide das Constituições Federais de 1934 e de 1937 passou a vigorar o princípio da responsabilidade solidária. Outrossim, ao ofendido era dada a possibilidade jurídica de acionar o Estado, o servidor público, ou ambos, podendo promover, ainda, a execução de sentença contra ambos ou contra um deles.

A Carta de 1946, de outra forma, quanto à responsabilidade civil do Estado, baseou-se no princípio da responsabilidade em ação regressiva. Extirpou, assim, a responsabilidade direta do servidor ou da responsabilidade solidária. Sobrevindo o Código Civil, o que dispôs expressamente, em seu artigo 15, pelo princípio da regressividade, este acabou ganhando corpo na doutrina, refletindo na elaboração de textos constitucionais a partir da Constituição Federal de 1946, que adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Importa apontar que desde a Carta de 1967 restou implementada no ordenamento jurídico a ampliação da responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus servidores. Isso porque a supressão da palavra *interno* provocou a abrangência tanto das entidades políticas nacionais, como das estrangeiras.

Nesse passo, entidades de direito público de potências estrangeiras, também, tornaram-se responsáveis pelos atos praticados por seus servidores, exceto nas hipóteses de aplicação do princípio da extraterritorialidade. É o princípio da territorialidade, que tem seu legítimo fundamento na soberania de cada Estado.

A Constituição Federal de 1988, dita Constituição Cidadã, passou a estender a responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.

Certos serviços públicos, os não essenciais, ao contrário dos essenciais - como concernentes à administração da justiça, à segurança pública etc. - podem ter as respectivas execuções delegadas aos particulares, o que submete essas empresas ao regime da responsabilidade objetiva, já que o Estado delegou ao particular a execução da obra ou do serviço. Por isso, as empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos causados por atos ou omissões de seus diretores, gerentes ou empregados.

Há de se esclarecer que a responsabilidade objetiva do Estado é baseada na teoria do risco administrativo.

Odete Medauar²⁰, acerca do tema, explica que “*ante a inúmeras e variadas atividades da Administração, existe a possibilidade de danos serem causados a particulares*”

²⁰ Direito Administrativo Moderno, 13ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, página 375.

Assim, mesmo estando as atividades do Estado voltadas ao atendimento dos interesses da coletividade, é possível a ocorrência de danos a alguns administrados, cabendo ao Estado, portanto, o dever de reparação civil.

É de natureza objetiva a responsabilidade civil do Estado, por atos comissivos ou omissivos de seus agentes, sendo desnecessária a comprovação de culpa.

A evolução do instituto em questão – responsabilidade civil – aplicável ao Estado sofreu grande evolução, migrando de um conceito subjetivista para uma definição objetiva.

A responsabilidade subjetiva é a fundada na culpa do agente. Já a responsabilidade objetiva não considera a culpa, mas sim a relação de causa e efeito entre o ato praticado e o evento danoso.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello²¹, “*responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isso*”.

A responsabilidade civil da Administração Pública decorre do dever de indenizar os danos que seus agentes causarem aos particulares no exercício da atividade administrativa.

Também chamada de responsabilidade civil do Estado, a responsabilidade civil da Administração Pública prescinde de dolo ou culpa. É necessário que exista o dano, que não tenha sido causado por ação ou omissão do particular, bem como que exista nexo de causalidade²² entre a atividade administrativa (fato do serviço) e o dano sofrido pelo particular, para que surja a responsabilidade civil da Administração, regra prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

²¹ Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, Editora Malheiros, página 992.

“Art. 37 (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

“Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "eventus damni" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o "eventus damni", sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. - A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido.” (STF, Segunda Turma, RE-AgR 481110/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 06/02/2007, DJ de 09-03-2007)

Esta teoria é a única compatível com a posição do Poder Público ante os seus súditos, pois, o Estado dispõe de uma força infinitamente maior que o particular.

Assim, o Estado, além de privilégios e prerrogativas – o que não é possuído pelo cidadão – dispõe também de toda uma infra-estrutura material e pessoal para a movimentação da máquina judiciária e de órgãos que devam atuar na apuração da verdade processual.

Caso colocasse o cidadão em posição de igualdade com o Estado, em uma relação jurídica processual, evidentemente, haveria um desequilíbrio de tal ordem que comprometeria a correta distribuição da justiça.

Conforme o lecionado pelo professor Hely Lopes Mirelles²³, a responsabilidade objetiva do Estado comporta exame sob o ângulo de três teorias objetivas: a teoria da culpa administrativa, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

Pela teoria da culpa administrativa a obrigação de o Estado indenizar decorre da ausência objetiva do serviço público em si. Não se trata de culpa do agente público, mas de culpa especial do Poder Público, caracterizada pela falta de serviço público. Cabe à vítima comprovar a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu retardamento. Representa o estágio de transição entre a doutrina da responsabilidade civilística e a tese objetiva do risco administrativo.

Já pela teoria do risco administrativo necessário apenas o ato lesivo e injusto imputável à Administração Pública. Não há de se indagar a culpa do Poder Público, mesmo porque ela é inferida do ato lesivo da Administração. Basta a comprovação pela vítima, do fato danoso e injusto decorrente de ação ou omissão do agente público.

²³Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 20ª ed., 1995, p. 556.

Tal teoria, como o próprio nome está a indicar, é fundada no risco que o Estado gera para os administrados no cumprimento de suas finalidades que, em última análise, resume-se na obtenção do bem comum.

Por fim, pela teoria do risco integral a Administração responde invariavelmente pelo dano suportado por terceiro, ainda que decorrente de culpa exclusiva deste, ou, até mesmo de dolo. É a exacerbação da teoria do risco administrativo que conduz ao abuso e à iniquidade social, como bem lembrado por Hely Lopes Meirelles na obra retro citada.

Essa teoria jamais venceu na doutrina e na jurisprudência e por isso mesmo nunca foi acolhida pelas diferentes Cartas Políticas de nosso país.

Ao contrário da responsabilidade subjetiva, a responsabilidade objetiva não pede é fundada da perquirição da culpa ou do dolo do agente causador do dano. Imperioso se faz, apenas, verificar a relação de causa e efeito entre a ação e a omissão da Administração e o dano sofrido pela vítima. É o chamado nexa causal ou nexa de causalidade.

Não se investiga se existiu ato lícito ou ilícito, tampouco culpa ou dolo do agente. Necessário, tão somente, que seja demonstrado o nexa causal para que seja provocada ao Estado a obrigação de indenizar

Há de se ver, por outro lado, que o Estado, enquanto pessoa jurídica que é, não possui vontade nem ação, no sentido psicológico e físico. Contudo, as possui na acepção jurídica do termo.

O Estado atua-se em atuação através de seus prepostos físicos, os quais são chamados de agentes, imputando-lhe, outrossim, o querer e o agir desses.

Leciona Celso Bandeira de Mello²⁴ que *“todas aquelas pessoas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da*

²⁴ Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, Editora Malheiros, página 998.

alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio”.

Para a jurista Odete Medauar²⁵, agentes públicos são “*todas as pessoas que mesmo de modo efêmero, realizem funções públicas*”.

Incluem-se na condição de agentes públicos, portanto, as demais pessoas jurídicas de Direito Público Privado auxiliares do Estado, bem como as de Direito Privado concessionárias ou delegatárias de serviços públicos. Contudo, nesse caso, a responsabilidade do Estado passa a ser subsidiária. Em suma, somente após o esgotamento de todas as tentativas de obtenção do ressarcimento do dano junto a essas entidades é que poderá ser acionado o Estado, na medida em que a esse cabia a prestação do serviço que concedeu ou delegou a terceiros.

Há de se ressaltar, contudo, que para efeitos de responsabilidade do Estado, não importa se o agente agiu de forma culposa ou dolosa, tampouco se agiu dentro de suas atribuições funcionais. O fator determinante é a demonstração necessária de que o de agente público agiu lesivamente.

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado aquela que tem sua gênese na obrigação do Estado de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Referida responsabilidade mostra-se inaplicável quando a ordem jurídica conferir ao Estado a possibilidade de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial, e.g, a desapropriação. E isso porque, só é cabível a responsabilização do Estado quando esse viola o direito de outrem.

²⁵ Direito Administrativo Moderno, 13ª edição, Revista dos Tribunais, página 380.

Nessa toada, não há de se falar em responsabilidade do Estado quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder cujo conteúdo reside em uma correspondente expressão patrimonial.

É por estas razões, que Celso Antonio entende ser abrangido pelo tema responsabilidade, os casos em que uma atividade lícita do Estado orientada para certo fim não necessariamente colidente com direito de outrem, vem, todavia, a compor situação na qual este resulta transgredido, como consequência mediata do comportamento estatal lícito.

A Responsabilidade civil do Estado pode se dar, também por omissão desse, fundada na falta do serviço ou culpa do serviço.

Caberá a responsabilização do Estado se este descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.

Há de se ressaltar que a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. Inexistindo obrigação legal de impedir certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente). O que se deve ter em mente é a obrigação indireta a um padrão mínimo de aptidão.

Outrossim, se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. E em tais hipóteses, a questão não é focar todo o problema da responsabilidade em comportamentos unilaterais pelo ponto de vista do lesado, justamente porque o dano não é obra do Estado.

Atendo-se ao dever de agir do Estado e sua omissão e desta ocorrer um dano, aí sim poderá se falar em responsabilidade subjetiva do Estado. Do contrário a responsabilidade será tão somente do próprio agente do dano. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶, citando o mestre Oswaldo

²⁶ Curso de Direito Administrativo. Malheiros: São Paulo, p. 981.

Aranha, leciona que tal responsabilidade só poderá ocorrer na hipótese de *culpa anônima* e a omissão estatal atinge usuários do serviço ou os nele interessados:

“A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da instituição governamental ou da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns inerentes à vida em sociedade.

(...)

Consiste em ato comissivo, positivo, do agente público, em nome e por conta do Estado, que redunde em prejuízo a terceiro, consequência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista o proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais de omissão negativa.”

Assim, nas hipóteses de omissão, se o Estado provar que sua omissão – propiciatória de dano – não ocorreu por negligência, imprudência ou imperícia (hipóteses de culpa) ou de dolo, ficará excluída a responsabilidade.

2.3. O DIREITO POSITIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Conforme antes apontado, o artigo 37, § 6º da Constituição Federal se apresenta como a principal norma jurídica que regula a responsabilidade objetiva do Estado.

O dispositivo constitucional ora apontado explicita que o Estado somente responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes e evidencia a adoção explícita da teoria do risco administrativo.

Há de se ver, contudo, que estabelece duas relações de responsabilidade: a objetiva, fundada no nexos causal, e a subjetiva, baseada no dolo ou na culpa.

A responsabilidade objetiva refere-se à responsabilidade do poder público e seus delegados perante a vítima do dano. Já a responsabilidade subjetiva, refere-se à responsabilidade do agente causador do dano perante a Administração Pública.

Em relação às pessoas jurídicas de direito privado, faz-se necessário verificar se prestam serviços públicos que possam ser enquadradas no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal e, dessa forma, responderem objetivamente pelos danos causados a terceiros. Se não restam serviços públicos e executam somente atividade econômica, por exemplo, não respondem objetivamente, pelo menos não com base na Constituição Federal, mas sim subjetivamente. Entretanto, com base nos artigos 12 ou 14 do Código do Consumidor, se fornecedoras de produtos ou serviços e em relação de consumo, poderão responder de forma objetiva.

“Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

“Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

2.4. O DANO INDENIZÁVEL

Importa esclarecer que não é todo tipo de dano ligado à ação ou omissão do Estado que gerará indenização.

O dano deve corresponder à lesão de um direito do ofendido, não bastando uma simples lesão econômica ou patrimonial, mas sim uma lesão jurídica, violando bem jurídico protegido pelo sistema normativo, reconhecido como direito do indivíduo. Até porque, nem sempre pressupõe um dano econômico, como é o caso do dano moral, cuja necessidade de indenização está prevista pelo artigo 5º, inciso X, da Lei Fundamental.

Ainda, a reparação do dano se mostra justificável quando esse é certo, apresentando-se tal fator como requisito essencial à sustentação da pretensão indenizatória. Não basta ser eventual ou possível. O dano deve ser certo, ainda que futuro, desde que se tenha certeza de sua ocorrência.

Entende a doutrina, ainda que há, ainda, a necessidade da existência de duas características do dano: a especialidade e anormalidade.

Leciona Celso Antonio Bandeira de Mello²⁷ que especial é o dano causado a um indivíduo ou a um grupo específico, não a uma coletividade e anormal é *“aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e interentes às condições de convívio social”*.

2.5. DA EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO

De acordo com o que fora antes apontado, a responsabilidade civil do Estado surge a partir da constatação do nexo de causalidade entre ação ou omissão do Poder Público e o evento danoso.

Contudo, se o Estado vier a demonstrar que outro acontecimento ou ação foram determinantes para a ocorrência do dano, sem ligação com a

²⁷ Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, Editora Malheiros, página 1013.

atividade administrativa, poderá eximir-se, de forma parcial ou total, da indenização.

Como principais fatores excludentes de responsabilização da Administração Pública, apresentam-se a força maior, o caso fortuito e a culpa da vítima.

Entende-se por força maior a força irresistível de fatos da natureza, e.g., furacão, maremoto, terremoto, etc.. Nesse caso, o Estado não irá se eximir de responsabilidade se comprovar o ofendido que o evento decorreu de omissão da Administração Pública quanto à aplicação de medidas de prevenção que pudessem anular ou diminuir o risco de ocorrência do evento danoso.

Ensina Diógenes Gasparini²⁸ que *“demonstrado que o dano é uma decorrência de acontecimentos dessa ordem, não há o Estado que indenizar, dado não ter sido ele o causador do dano. (...) Assim, demonstrado o estado de imprevisibilidade e de irresistibilidade do evento danoso, nada mais é necessário para liberar a Administração Pública da obrigação de indenizar o dano sofrido pela vítima”*.

Já o caso fortuito, conforme leciona Odete Medauar²⁹, *“diz respeito a uma falha material, técnica ou humana, sem ciência precisa do motivo”*. Em tal hipótese, caberá ao Estado a responsabilidade em caso de existência de nexo causal.

A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ocorre quando a vítima ou o terceiro é o próprio causador do prejuízo e não o Estado, não existindo a relação causa e efeito entre o dano e a ação estatal.

Nesse sentido entende a jurisprudência:

²⁸²⁸ Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, 7ª edição, página 831.

²⁹²⁹ Direito Administrativo Moderno, 13ª edição, Revista dos Tribunais, 2009, página 383.

“Para a obtenção de indenização da Fazenda Pública basta que o autor da ação demonstre o nexo causal entre o fato lesivo imputável à Administração e o dano, sem que reste comprovado que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso”(TJSP - 7ª C - Ap. - Rel. Leite Cintra - J. 23.6.93 - JTJ - LEX 148/75).

“Ocorrendo culpa exclusiva da vítima que sofreu o dano, deixa de existir o imprescindível nexo causal justificador da atribuição da responsabilidade objetiva do Estado”(STF - 1ª T - RE - Rel. Moreira Alves - J. 25.5.93 - JTJ - LEX 145/274).

Para Diógenes Gasparini³⁰, *“Provado, pois, que a vítima participou, de algum modo, para o resultado gravoso, exime-se o Estado da obrigação de indenizar, na proporção dessa participação. Destarte, sua responsabilidade será parcial ou total conforme tenha sido, numa ou noutra dessas direções, a colaboração da vítima na produção do acontecimento danoso”*.

Destarte, a culpa do particular vem a provocar a minimização ou mesmo a exclusão da responsabilidade civil do Estado.

Vale apontar, ainda, a legislação infraconstitucional também trata do tema.

³⁰ Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, 7ª edição, página 831.

3. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

3.1. DO PERMISSIVO LEGAL

A terceirização é fenômeno que alcançou inclusive a Administração Pública, sendo que esta se beneficia de tal movimento para a manutenção de sérvios que não lhe são nucleares, outorgando a terceiros a possibilidade de execução de serviços determinados, a menor custo.

Veja-se que a Administração Pública terceiriza coleta de lixo e transporte público, além de outras atividades que estão sendo desempenhadas mediante o sistema de concessão ou de permissão.

A Administração Pública acompanha a terceirização mediante contrato de gestão com o terceirizado, de forma a fiscalizá-lo, constando se o serviço está sendo feito corretamente, a contento quanto ao atendimento às necessidades da coletividade.

O Decreto-lei 200/1967 previu no art. 10, § 7.º, a possibilidade de contratação de terceiros:

"Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com 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."

Referido dispositivo dispõe pela possibilidade de contratação de empresas pela Administração Pública, assegurando sua validade jurídica.

Também necessário apontar que a Administração Pública pode contratar serviços de conservação, transporte e assemelhados, pois assim o

permite a Lei nº 5.645/1970, “referindo-se apenas à administração direta e autárquica (artigos 1º e 3º, parágrafo único), não abrangendo as empresas públicas e sociedades de economia mista”³¹.

Reza o parágrafo único do parágrafo 3º da referida Lei 5.645/1970 que “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7.º, do Dec.-lei 200, de 25.02.1967.”

Já o § 2º do artigo 2º da lei 5.845/1972 “veda a contratação, ou respectiva prorrogação, de serviços, a qualquer título e sob qualquer forma, inclusive com empresas privadas, na modalidade prevista no § 7º do artigo 10 do Decreto-lei nº 200, bem como utilização de colaboradores eventuais, retribuídos mediante recibo, para a execução de atividades compreendidas no Grupo Serviços Auxiliares”.

Reza o § 7º do artigo 10 do Decreto-lei nº 200 que “Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

Nesse sentido, leciona Sérgio Pinto Martins³², que “Não pode a Administração Pública, contudo, terceirizar serviços que lhe são peculiares, como de justiça, segurança pública, fiscalização, diplomacia etc”.

Ainda, o § 1º do artigo 18 da Lei Complementar nº 101/2000 permite a terceirização no serviço público, ao estabelecer que “os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e

³¹ A Terceirização e do Direito do Trabalho, 11ª edição, Editora Atlas, Página 143.

³² A Terceirização e do Direito do Trabalho, 11ª edição, Editora Atlas, Página 143.

empregados públicos serão contabilizados como 'Outras Despesas do Pessoal'". Isso mostra que a lei permite a terceirização.

Destarte, tendo em vista que a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, o qual estabelece que o Estado deve se submeter ao império da lei, necessária se mostra a fundamentação legal autorizante para que seja viabilizada a terceirização. E o imperativo autorizante se mostra existente, tornando válida a terceirização de serviços não fundamentais pela Administração Pública.

3.2. DA RESPONSABILIZAÇÃO À LUZ DO ARTIGO 71, § 1º, DA LEI DE LICITAÇÕES

A Lei nº 8.666/93, que regula a licitação e o contrato público, estabelece, por seu artigo 71, § 1º, impeditivo à responsabilização da Administração Pública quanto à débitos contraídos por terceiros contratados por essa:

"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."

Pela redação do mencionado dispositivo legal, a Administração Pública não pode ser obrigada a pagar as verbas devidas pela empresa, contratada por meio de licitação pública para prestar os serviços, conforme determina a Constituição Federal.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho, aplicando o inciso IV da Súmula 331, decidiu por responsabilizar a Administração Pública quando esta é

tomadora de serviços. Para tanto, invoca os princípios do Direito do Trabalho, quais sejam, o da proteção do trabalhador e da responsabilidade objetiva do Estado, prevendo a possibilidade de responsabilização da tomadora de serviços de modo subsidiário pelas obrigações de empresa interposta que se apresenta como empregadora. E isso, desde que a Administração Pública tenha participado da relação processual.

A Administração Pública, contudo, seja Direta ou Indireta, no âmbito Municipal, Estadual e Federal, ativou-se no manejo dos instrumentos processuais cabíveis, ao longo dos anos, a fim de se insurgir contra a posição consolidada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, buscando o reconhecimento da Corte Suprema do Judiciário de que a Súmula 331 do TST incorria em inconstitucionalidade, já que se sobrepunha aos ditames legais do dispositivo específico (§ 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93).

Contudo, a posição do Supremo Tribunal Federal era desfavorável à Administração Pública, pela sustentação de dois argumentos:

Ao longo dos últimos anos, contudo, o STF passou a compreender que muitos Tribunais estariam proferindo decisões em que deixavam de aplicar determinados dispositivos legais por considerá-los contrários à Constituição, sendo, contudo, levar em consideração a chamada “reserva de plenário”, estabelecida pelo artigo 97 da Constituição Federal. E isso poderia acarretar fosse impedida que essa questão constitucional viesse a ser submetida e julgada pelo STF, por seus canais regulares.

A partir daí, restou por pacificado o entendimento de que essas decisões deveriam ser reformada ou cassadas, conforme o caso, de modo que assegurassem o regular e necessário exame e o decorrente prequestionamento da matéria constitucional. Nesse sentido, foi a decisão do Recurso Extraordinário 603397, relatado pela Ministra Ellen Gracie, julgado em 04.02.2010, que reconheceu a existência de repercussão geral da matéria.

Tais precedentes acabaram por redundar na aprovação da Súmula Vinculante nº 10, com clara intenção de impedir que órgãos fracionários de Tribunais deixassem de aplicar dispositivos infraconstitucionais sob o pretexto de violação à Constituição:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Tal súmula passou a vedar aos Tribunais a prática de negarem aplicação de Lei Federal por considerá-la inconstitucional, sem, no entanto, explicitarem esse fundamento central, proibindo, portanto, o acesso do interessado ao Supremo Tribunal Federal pela via do Recurso Extraordinário, previsto pelo artigo 102, inciso III, *a e b*, da Constituição Federal.

Por consequência, por julgamento do Agravo Regimental da Reclamação nº 10.738 AgR/SE, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, em 02.12.2010, a decisão do Plenário do TST que, julgando incidente de uniformização de jurisprudência, afastou a incidência do artigo 71, § 1º, da Lei das Licitações, sem declará-lo inconstitucional, não atendeu o estabelecido pelo artigo 97 da Constituição Federal, tornando-se indispensável que seja respeitada a cláusula de reserva, mediante a reunião dos membros do Tribunal, com o fito de julgar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, não podendo ocorrer num mero incidente de uniformização de jurisprudência:

“RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. Relatório1. Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Estado de Sergipe, em 3.2.2011, contra julgado da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que, nos autos do Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. A-AIRR

163040.94.2008.5.20.0003,teria descumprido a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, ao afastar a aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993.2. A decisão reclamada tem o teor seguinte: 'AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, IV, DO TST. O merece ser mantido, porquanto encontra-se em consonância com a Súmula nº 331, IV, desta Corte. 2. LIMITES DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. As decisões recorridas estão em harmonia com a jurisprudência reiterada desta Corte, no sentido de que a condenação subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas não adimplidas pelo devedor principal, inclusive as multas dos arts. 467 e 477 da CLT e a multa rescisória, uma vez que se trata de verbas vinculadas ao contrato de trabalho. Agravo conhecido e não provido' (fl. 148, doc. 2).3. O Reclamante afirma que 'o Tribunal Superior do Trabalho afastou a aplicabilidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, mediante a invocação do Enunciado Sumular 331, IV, do TST, sem a arguição de inconstitucionalidade e a observância do artigo 97 da Constituição Federal, [e] afrontou a autoridade da Súmula Vinculante nº 10 do STF' (fl. 6).Sustenta que, 'no tocante ao fumus boni juris, resulta incontestemente a contrariedade à súmula vinculante n. 10 do STF, pois o Tribunal Superior do Trabalho por via oblíqua declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, sem a observância do artigo 97 da Constituição Federal' (fl. 9).Assevera que, "para corroborar a plausibilidade do direito invocado, salienta-se que o Excelso Pretório, por diversas Relatorias, já deferiu liminares desse jaez, a exemplo das decisões proferidas na Rcl nº 7.035/SP, Min. Ellen Gracie; Rcl nº 6.970,Min. Ricardo Lewandoswki; Rcl nº 7.128/SP, saudoso Min. Menezes Direito; Rcl nº 7.033/SP, Min. Joaquim Barbosa; Rcl nº 7.127/SP, Min. Eros Grau; Rcl nº 7.218/AM, Min. Ricardo Lewandowski" (fl. 10).Requer "a concessão de medida liminar inaudita altera pars para a suspensão da decisão proferida pela Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no AAIRR 163040.94.2008.5.20.003, que contrariou a autoridade da Súmula Vinculante n. 10 do STF" (fl.11).No

mérito, pede 'a cassação definitiva da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho' (fl. 11). Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 4. Razão jurídica assiste ao Reclamante. 5. Inicialmente, cumpre ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho em idênticas reclamações informou que seus órgãos fracionários têm decidido com fundamento em enunciado de súmula aprovado pelo seu Plenário em incidente de uniformização de jurisprudência instaurado com o objetivo de revisar a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (IUJ-RR n. 297751/1996), quando foi discutida a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Além disso, o art. 52, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe que, 'salvo na ação penal originária ou nos inquéritos, poderá o Relator dispensar a vista ao Procurador-Geral quando houver urgência, ou quando sobre a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência', razão pela qual deixo de requisitar informações ao Reclamado e dispense o parecer do Procurador-Geral da República nesta ação. 6. O que se põe em foco na presente reclamação é se a decisão reclamada teria descumprido a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, ao aplicar o entendimento do inc. IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho para reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo cumprimento de obrigações trabalhistas. 7. Na sessão plenária de 24.11.2010, este Supremo Tribunal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Naquela assentada, também deu-se provimento ao Agravo Regimental na Reclamação n. 7.517, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, e ao Agravo Regimental na Reclamação n. 8.150, Relator o Ministro Eros Grau, entre outras, para julgar procedentes as reclamações nas quais se discutia tema idêntico ao da presente. Prevaleceu, naqueles casos, o voto proferido pela Ministra Ellen Gracie: 'Salientou não ter havido no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência que dera origem ao Enunciado 331, IV, do TST a declaração da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, mas apenas a atribuição de certa interpretação ao citado

dispositivo legal. Explicou que o Plenário do TST, ao julgar um incidente de uniformização, visa dirimir uma divergência jurisprudencial existente entre seus órgãos fracionários ou consolidar o entendimento por eles adotado, e não declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, finalidade esta de uma arguição de inconstitucionalidade, conforme disposto nos artigos 244 a 249 do Regimento Interno daquela Corte. Asseverou ser necessário, para que a cláusula da reserva de plenário seja devidamente observada, a reunião dos membros do tribunal com a finalidade específica de julgar a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, decisão que, por sua gravidade, não poderia ocorrer em um mero incidente de uniformização de jurisprudência. Ressaltou que, no caso, nem mesmo ter-se-ia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Observou que as disposições constantes do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e do inciso IV do Verbete 331 do TST seriam diametralmente opostas e que o TST aplicara sua interpretação consagrada neste enunciado, o que esvaziara, desse modo, a força normativa daquele dispositivo legal. Concluiu que o TST, ao entender que a decisão recorrida estaria em consonância com a Súmula 331 do TST, negara implicitamente vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem que seu Plenário houvesse declarado a sua inconstitucionalidade' (Informativo STF n. 608). 8. Assim, ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base no inc. IV da Súmula n. 331, o Tribunal Superior do Trabalho descumpriu a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, pois negou vigência a dispositivo pretensamente incompatível com a Constituição.9. Na decisão mencionada, este Supremo Tribunal decidiu que os Ministros poderiam julgar monocraticamente os processos relativos à matéria, na esteira daqueles precedentes.10. Pelo exposto, na linha do entendimento firmado por este Supremo Tribunal, julgo procedente a reclamação para cassar a decisão proferida pela 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. A-AIRR-163040.94.2008.5.20.003"

No entanto mais recentemente, o STF em decisão emblemática, manifestou-se de forma mais clara sobre a questão, quanto à aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei das Licitações.

Promoveu o governador do Distrito Federal, em 2007, ação direta de constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, fundamentando que o referido dispositivo legal tem sofrido retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial do Tribunal Superior do Trabalho. Alegou que a Súmula 331 do TST nega vigência ao mencionado dispositivo infraconstitucional, responsabilizando a Administração Pública pelos débitos trabalhistas na contratação de qualquer serviço de terceiro especializado.

Tendo em vista que a mesma matéria fora anteriormente atacada inúmeras vezes através de reclamações constitucionais junto ao STF, todas se insurgindo contra a Súmula 331, decidiu o pleno da Corte Suprema por conhecer da ação (ADC 16), julgando-a procedente, por maioria. Restou, portanto, declarada a efetiva constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações.

Entendeu-se que *“a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade”*.

Assim, o STF decidiu que o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 veda expressamente a automática responsabilização da Administração Pública contratante de empresa fornecedora de mão de obra pelos débitos trabalhistas devidos por esta última, nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação.

No entanto, tal decisão não impediu que a Administração Pública continuasse a ser condenada a responder de forma subsidiária pela paga das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado, em determinados

casos e sob certas circunstâncias, mesmo sendo a terceirização lícita e após regular processo licitatório.

Isso porque, o STF entendeu que não haveria impedimento ao TST de reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada causa:

“(...) o STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”

Entendeu-se, ainda, que o fundamento utilizado pelo TST é a responsabilidade pela omissão culposa da Administração Pública, em relação à fiscalização da empresa contratada (culpa *in vigilando*), quanto à *idoneidade* e ao cumprimento não dos encargos sociais nos contratos de licitação e prestação de serviços.

Entendeu o Ministro Cezar Peluso³³, relator da ação,

“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 na pode nesse 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”.

Declarou o mesmo Ministro que a declaração de constitucionalidade da lei *“não significa que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gera responsabilidade à Administração”.*

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do § 1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93 e também considerou que item IV da Sumula 331 é contrário à Súmula vinculante nº 10 e

³³ Disponível em <http://www.presjur.com.br/node/3093>

ao artigo 97 da Constituição Federal, por haver afastado a aplicação daquele dispositivo legal sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade da norma.

Considerou o STF ser inviável a responsabilização do ente público pelo puro e simples inadimplemento das obrigações trabalhistas do empregador contratado pela Administração Pública, ainda que essa responsabilização se desse de maneira subsidiária.

A partir de tal entendimento, passou o Judiciário Trabalhista a ter a obrigação de investigar se a inadimplência dos direitos trabalhistas pela empresa contratada pela Administração Pública teve como causa, direta ou indireta, a inexecução culposa ou a omissão culposa na fiscalização do cumprimento do contrato de licitação pelo órgão público contratante.

Em suma, a decisão da ADC nº 16, pelo STF, veio a declarar a constitucionalidade da norma, sem, entretanto, aceitar que a Administração Pública ficasse isenta de qualquer responsabilidade por eventuais débitos trabalhistas inadimplidos por empresas contratadas mediante licitação.

Passou a ser necessária, daí, a comprovação da ilicitude, fraude, inexecução culposa, ou omissão imperfeição na fiscalização do contrato de licitação. Imperioso, para que se dê a responsabilização da Administração Pública, nessa situação, a efetiva demonstração de que esta agiu de forma culposa.

Se demonstrado que o ente público concorreu com descumprimento da legislação trabalhista, poderá ser responsabilizado pelos débitos decorrentes da relação de emprego estabelecida entre a empresa contratada e o respectivo empregado desta.

O jurista Cláudio Cairo Gonçalves³⁴ entende que “o Estado deve atuar, fazer atuar e incentivar o exercício do controle e fiscalização das atividades dos participantes na prestação de serviço público delegado, ou na gestão de atividade pública por entidade privada, bem assim na gestão de atividade pública circundada pelo contrato de gestão”.

Essa fiscalização, para bem da Administração Pública deverá ser ampla, com intuito de verificar a regularidade da atuação da empresa contratada não só em relação ao objeto contratado, mas, igualmente, em relação às implicações reflexas que convergem na prestação do serviço, a exemplo do que ocorre com o tratamento dispensado à mão-de-obra utilizado para o alcance do objeto do contrato de prestação do serviço público.

Veja-se que a jurisprudência já vem decidindo nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO.RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24/11/2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa in vigilando. Agravo de instrumento desprovido”. (TST. Recurso de Revista nº TST-AIRR-2567-65.2010.5.06.0000, ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA, Ministro Relator NIA: 5436389)

³⁴ Contrato Administrativo - Tendências e Exigências Atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007, página 195.

Deste modo, sendo essa revisão por força de determinação maior, não há como se limitar a apreciar a incidência da Súmula 331, IV, do TST, consagrando *culpa in eligendo* e *in vigilando*, pela inaplicabilidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Diante desse novo contexto provado pelo julgamento da ADC nº 16, o Tribunal Superior do Trabalho viu-se na obrigação de modificar, mais uma vez, a redação da Súmula 331, para fins de adequação ao teor da decisão do Supremo Tribunal Federal:

“SUM-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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade 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, 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.”

No inciso IV do Enunciado 331 fora suprimido o texto “*inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista*”, transferindo essa parte para o recém criado inciso V.

Há de se apontar que o TST manteve o entendimento anterior quanto à responsabilidade subsidiária da empresa privada enquanto tomadora de serviços, em caso de inadimplemento da prestadora de serviços, empregadora principal. Restou consolidado pelo inciso VI da Súmula 331.

Todas essas alterações demonstram que o Tribunal Superior do Trabalho procedeu por alinhar o entendimento sumulado ao atual entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à responsabilização subsidiária do ente público.

Consolidado, portanto, que a Administração Pública pode ser responsabilizada pelos débitos trabalhistas das empresas por si contratadas, cabendo ao credor, contudo, demonstrar no caso concreto que existiu culpa por parte do ente público no cumprimento dos deveres impostos a este, por força do que dispõe a Lei das Licitações.

Não basta a simples alegação de culpa, na medida em que não caberia ao Juízo conhecer de ofício de eventual negligência da Administração Pública. É preciso que tal fato seja efetivamente demonstrado, comprovando-se que o ente público agiu sem o cuidado devido, tanto na contratação como na execução do contrato público.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial mais recente:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. MERO INADIMPLEMENTO. Demonstrada possível afronta ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, há de se prover o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista interposto pela segunda reclamada. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. MERO INADIMPLEMENTO. Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24.11.2010. **Na hipótese dos autos, contudo, a reclamada foi condenada com base na responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, tendo restado consignado no acórdão regional registro expresso de ausência de culpa do ente público, em quaisquer de suas modalidades. Nesses termos, impõe-se o afastamento da responsabilidade subsidiária da reclamada, sendo inaplicável ao caso o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.** Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 163800-40.2009.5.03.0081 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 03/10/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: 07/10/2011) (grifamos)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TRANSPETRO (SUBSIDIÁRIA INTEGRAL DA PETROBRAS, INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DA UNIÃO). RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Provável violação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - tendo em vista a discussão sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública - autoriza o provimento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento provido para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE

REVISTA. TRANSPETRO (SUBSIDIÁRIA INTEGRAL DA PETROBRAS, INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DA UNIÃO). RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. O item V da Súmula-TST-331 assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa in vigilando. No caso, não é possível verificar a conduta culposa da 2ª Reclamada-TRANSPETRO, uma vez que o e. Tribunal Regional enfrentou a questão de maneira genérica e imprecisa, não apontando elementos que identificariam a omissão fiscalizadora da administração pública. Nesse contexto, impõe-se a exclusão da TRANSPETRO da lide. Recurso de revista conhecido e provido. Prejudicada a análise dos demais temas do recurso de revista. CONCLUSÃO: Recurso de revista conhecido e provido. Prejudicada a análise dos demais temas do recurso de revista.” (RR - 30040-47.2008.5.02.0472 , Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 03/10/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 07/10/2011)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Provável ofensa ao artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - tendo em vista a discussão sobre a responsabilidade subsidiária de ente público - autoriza o provimento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O item V da Súmula 331/TST assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa in vigilando. No caso, não é possível verificar a conduta culposa do 2º reclamado, uma vez que o e. Tribunal Regional confirmou a condenação subsidiária com fundamento tão somente no inadimplemento das obrigações trabalhistas. Nesse contexto, impõe-se a exclusão do Banco do Brasil da lide. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-AIRR - 8100-45.2009.5.04.0404 , Relator Ministro: Horácio

Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 03/10/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 07/10/2011)

“TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil,

todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: -SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A

aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada- Na hipótese dos autos, além de não constar, do acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados (o que é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa in vigilando), verifica-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, consignou ter havido culpa do ente público, o que igualmente seria suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Recurso de revista não conhecido. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ABRANGÊNCIA. MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT E VERBAS INDENIZATÓRIAS. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no entendimento acerca de que a responsabilização subsidiária, prevista na Súmula nº 331, item VI, do TST, implica o pagamento da totalidade dos débitos trabalhistas, inclusive as multas legais ou convencionais e verbas rescisórias ou indenizatórias. Esse entendimento acabou sendo consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, que, em sessão extraordinária realizada em 24/05/2011, decidiu inserir o item VI na Súmula nº 331 da Corte, por intermédio da Resolução nº 174/2011 (decisão publicada no DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011), com a seguinte redação: -A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral-. Recurso de revista não conhecido. DESCONTOS FISCAIS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 497/2010, CONVERTIDA NA LEI Nº 12.350, DE 21/12/2010, QUE ACRESCENTOU O ARTIGO 12-A NA LEI Nº 7.713/1988 E DETERMINOU A UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO MENSAL PARA O CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 368, ITEM II, DO TST. O critério de apuração do imposto de renda sobre as decisões judiciais foi modificado pela Medida Provisória nº

497/2010, convertida na Lei nº 12.350, de 21/12/2010, que acrescentou o artigo 12-A na Lei nº 7.713/1988 e determinou a utilização do critério mensal para o cálculo do imposto. Como os descontos fiscais são regidos pela lei vigente na data em que eles são efetuados, evidentemente, se aplica ao caso o referido diploma legal. Não se trata, pois, de aplicação retroativa da lei vigente à época. Desse modo, não mais se aplica o item II da Súmula nº 368 do TST, que adota o critério global para apuração dos descontos fiscais, diante da recente alteração dos dispositivos legais que regem a matéria. Portanto, a decisão regional, em que se determina que os descontos fiscais sejam feitos mês a mês, se coaduna com a legislação tributária atual, razão por que deve ser mantida, não havendo falar em ofensa ao artigo 46 da Lei nº 8.541/1992, tampouco em contrariedade à Súmula nº 368, item II, do TST. Recurso de revista não conhecido.”(RR - 107800-84.2006.5.09.0654 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 03/10/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: 07/10/2011) (grifamos)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação

Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu

benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: -SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo onus probandi e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa in vigilando, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA SÚMULA Nº 363 DO TST. IMPOSSIBILIDADE. Não há falar em limitação da condenação às verbas previstas na Súmula nº 363 do TST, porque não se reconheceu, no caso, o vínculo com o ente público, mas tão somente a sua responsabilidade subsidiária decorrente da

contratação de empresa inidônea, mediante terceirização, para a prestação de serviços. Agravo de instrumento desprovido. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ABRANGÊNCIA. MULTAS LEGAIS E VERBAS INDENIZATÓRIAS. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no entendimento de que a responsabilização subsidiária, prevista na Súmula nº 331, item IV, do TST, implica o pagamento da totalidade dos débitos trabalhistas, inclusive as multas legais ou convencionais e verbas rescisórias ou indenizatórias. Esse entendimento acabou sendo consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, que, em sessão extraordinária realizada em 24/05/2011, decidiu inserir o item VI na Súmula nº 331 da Corte, por intermédio da Resolução nº 174/2011 (decisão publicada no DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011), com a seguinte redação: -A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas -. Agravo de instrumento desprovido. LIMITAÇÃO DA MULTA DO FGTS. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS EXPENDIDOS NO DESPACHO DENEGATÓRIO DO RECURSO DE REVISTA. Não se conhece de agravo de instrumento por desfundamentado, nos termos da Súmula nº 422 do TST, quando a parte deixa de impugnar, especificamente, os fundamentos do despacho denegatório de seu apelo, no caso, a aplicação da Súmula nº 297 do TST, limitando-se a reproduzir, na petição de agravo de instrumento, os argumentos trazidos no recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE JUROS DE MORA. RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 382 DA SBDI-1 DO TST. Conforme entendimento pacificado nesta Corte consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 382 da SBDI-1 do TST, - A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.1997 - Recurso de revista conhecido e provido.” (ARR - 356-21.2010.5.10.0008, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data

de Julgamento: 03/10/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: 07/10/2011)
(grifamos)

Há de se observar que o artigo 67 da Lei de Licitações reza sobre a culpa *in vigilando*, dispondo sobre o dever da Administração Pública de fiscalizar o contrato:

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

§ 1o O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2o As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.”

Dessa forma, o dever de fiscalização é calcado no princípio da legalidade, um dos pilares do direito público.

O teor da Súmula nº 331, itens IV e V, do TST apresentam-se como um vetor capaz de recuperar o respeito à garantia fundamental do trabalhador referente à percepção de uma contraprestação justa em decorrência do trabalho realizado. Não por acaso a remuneração possui caráter alimentar.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁵, em relação ao estabelecimento do princípio da dignidade da pessoa humana para interpretação da matéria, leciona que *“Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido,*

³⁵ A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª edição, Livraria do Advogado, 2003, página 105.

da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.

Portanto, a responsabilização, subsidiária, da Administração Pública, calcada na culpa *in vigilando* dessa, torna imprescindível a demonstração.

3.3. DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Dispõe a Súmula nº 331 que em havendo o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações.

A referida responsabilidade advém da falta de cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviço e se fundamenta na presunção de culpa *in vigilando* ou *in eligendo* da Administração Pública.

Tal previsão tem como finalidade única proteger o trabalhador de eventuais problemas que o mesmo venha a ter com seu empregador (empresa prestadora de serviços), razão pela qual se impõe a cobrança de débitos trabalhistas ao devedor secundário (tomador de serviços), se o principal não vier a cumprir com suas obrigações.

Nesse sentido, tem decidido nossos Tribunais Superiores:

*“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – IMPOSIÇÃO – FATORES DETERMINANTES. A imposição da responsabilidade subsidiária tem como premissa o disposto no artigo 186 do vigente Código Civil (anterior 159), onde consubstanciam-se as teorias da culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Forçoso concluir, assim, que o inciso IV do E. 331 do C.TST aplica-se, inclusive, às hipóteses de terceirização lícita, sendo o fim colimado pelo aludido verbete a preservação dos créditos laborais, que podem ser violados inclusive nos casos em que a lei não obsta a intermediação de mão-de-obra. Mantém-se,*

destarte, a responsabilidade subsidiária imposta à empresa tomadora dos serviços.” (TRT. 15ª Região. Decisão nº 019130/2003. Relator: Vera Teresa Martins Crespo. Publicação 04/07/2003).

Veja-se, contudo, que a Administração Pública somente responderá subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas se figurar no pólo passivo da presente Reclamação, uma vez que não pode ser considerada parte no processo de execução quem não foi parte na fase de conhecimento.

Não há de se falar em responsabilidade solidária da Administração Pública em caso de inadimplemento do prestador de serviços, mas sim, em responsabilidade subsidiária.

Leciona Maria Helena Diniz³⁶ que a obrigação solidária é aquela em que, havendo multiplicidade de credores ou de devedores, ou de uns e outros, cada credor terá direito à totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor. A primeira hipótese configura a chamada solidariedade ativa; a segunda, configura a chamada solidariedade passiva.

Argüi-se que a fundamentação jurídica para a responsabilidade solidária do tomador de serviços, em que ocorre o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte do empregador, é oriunda da questão social em relação ao trabalhador, que é hipossuficiente e tem sua remuneração como de natureza alimentar. Argumenta-se, ainda, que a efetividade do exercício jurisdicional, para que as decisões na esfera trabalhista não fiquem sem a devida e necessária execução e satisfação. Assim, o beneficiário da terceirização não pode estar alheio ao prejuízo do trabalhador, sob pena de enriquecer sem causa.

De outra forma, entende parte da doutrina que a responsabilidade solidária do tomador somente ocorrerá nas hipóteses de terceirização ilícita.

³⁶ Curso de Direito Civil Brasileiro. Editora. Saraiva. São Paulo. 2000. Volume II, pagina 151.

Nesse sentido, Gabriela Delgado³⁷, “o ato ilícito praticado pela empresa terceirizante conjuntamente com a tomadora de serviços não pode lhe gerar apenas vantagens, sem contrapartida da responsabilidade”.

Nesse sentido, vale citar jurisprudência:

“BANCÁRIO. SERVIÇO DE ATENDIMENTO A CLIENTE. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. Pertence a categoria bancária pessoa contratada por empresa interposta para execução de serviços relacionados diretamente com o atendimento pessoal de clientes na agência, sobretudo em se tratando de atividades de suporte à gerência, em que a reclamante desempenha tarefas afetas ao contato pessoal com os clientes, abertura de contas, captação e agendamento de visitas. É ilícita a terceirização efetivada, ensejando a responsabilidade solidária dos co-autores envolvidos na prática de atos ilícitos trabalhistas, a teor do § único, do art. 942 do CC/02. Sentença mantida.” (TRT. 15ª Região. Decisão 021334/2005. Juiz: Edison dos Santos Pelegrini. Publicação em 13.05.2005).

Entretanto, importa ressaltar que a responsabilidade solidária é uma figura jurídica que não se presume, ante o que dispõe o ordenamento jurídico positivado. O artigo 265 do Código Civil é bastante claro, ao determinar que “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.”

A solidariedade decorre da lei ou da vontade das partes. Não há no direito justralhista qualquer disposição legal ou mesmo jurisprudencial prevendo a referida hipótese para o processo terceirizante, a não ser a regra do artigo 16 da Lei 6.019/74 (solidariedade da empresa cliente na hipótese de falência da empresa de trabalho temporário).

“No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o

³⁷ Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. Editora. LTr. São Paulo. 2003. página 151.

trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referencia ao mesmo período, pela remuneração e indenização prevista em Lei.”

Referida disposição legal (artigo 16 da lei 6.019/74) é expressa ao determinar a responsabilidade solidária do tomador de serviços pelas verbas trabalhistas e previdenciárias. Contudo, limita-se à ocorrência de casos de falência da empresa de trabalho temporário.

Outrossim, em que pese os argumentos favoráveis a responsabilidade solidária do tomador de serviços, inexistente fundamento legal para tanto. A solidariedade, no âmbito justralhista, somente ocorrerá na hipótese contida no artigo 16 da Lei 6.019/74; na hipótese da empresa terceirizando e tomadora de serviços pertencerem ao mesmo grupo econômico (artigo 2º, § 2º84, da CLT); ou diante da existência de cláusula no contrato entre as partes (manifestação de vontade das partes).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização como uma alternativa produtiva em evolução, que desde a década de 1950, nos Estados Unidos, vem se apresentando como uma técnica de administração empresarial, sendo que, no Brasil, começou a ser implantada e desenvolvida por advento de multinacionais, principalmente na década de 1980, sendo conhecida então, aproximadamente no ano de 1989, como contratação de terceiros.

Tem por principais objetivos a redução de custos, a geração de aumento de qualidade, eficiência, especialização, eficácia e produtividade, sendo que a descentralização das atividades da empresa possibilita a empresa focar-se mais em sua atividade-fim.

Assim, a terceirização deve fundar-se na especialização de serviço sob o risco de ser enquadrada como empresa locadora de mão-de-obra. E ainda que deve somente se vincular com um tomador de serviços em suas atividades-meio. O dispositivo que prevê isso é a Súmula 331 do TST.

Enquanto fenômeno econômico, a terceirização traz uma série de mudanças, seja em maior ou menor grau, para os contratos de trabalho, sendo que, a principal delas é a flexibilização do Direito do Trabalho, que consiste na possibilidade de oferecer mecanismos jurídicos que permitam a empresa ajuste a sua produção, emprego e condições de trabalho às flutuações rápidas e contínuas do sistema econômico.

A terceirização é norteadada, basicamente pela: (a) Lei 6019/74 (Trabalho Temporário); (b) Lei 7102/83 (Serviço de Vigilância); (c) TST – Súmula 256 – vincula o empregado da empresa prestadora de serviços com o tomador – hoje cancelada, mas que ainda se aplica às situações anteriores à Constituição de 1988; (d) TST – Súmula 331 – vincula a contratação de trabalhadores por empresa interposta.

Referido Enunciado 331 do TST procura explicar a terceirização diferenciando atividades-fim e atividades-meio segundo a essencialidade ou não dos serviços da empresa tomadora dos serviços terceirizados. Conforme a Súmula, as atividades que integram o objeto social de uma empresa indicam sua atividade-fim, enquanto as atividades que não integram o objeto social são consideradas atividades-meio. A princípio, tudo pode ser terceirizado, segundo o ponto de vista empresarial, desde que as atividades terceirizadas não sejam as atividades-fim.

De acordo com o Enunciado nº 331 do TST, a terceirização é legal quando há um contrato de serviços, em que a tomadora transfere a sua atividade-meio para uma empresa terceirizada. Conforme o inciso I, do mesmo Enunciado, é proibida a contratação de trabalhadores por empresa interposta, exceto nos casos de trabalho temporário. Caso isso não aconteça, a tomadora de serviços se responsabilizará pelo reconhecimento da relação de emprego, será a empregadora na forma dos artigos 2º e 3º da CLT.

No âmbito da Administração Pública, dentre do que a legislação permite, a terceirização vem sendo utilizada para o alcance de objetivos diversos, notadamente com o setor privado, para a realização de determinadas atividades ou obras. Na há de se falar em ilicitude na terceirização de serviço por parte da Administração Pública, já que a há permissivo legal nesse sentido.

Dada a pertinência da questão, ante o impacto jurídico, social e econômico provocado, o Judiciário Trabalhista viu-se na imperativa necessidade de uniformizar a jurisprudência. E o entendimento prevaiente seguiu a linha hermenêutica de proteção ao trabalhador na condição de hipossuficiente da relação jurídica, acabando por responsabilizar subsidiariamente os órgãos da administração direta e indireta, "*desde que hajam participado da relação processual e conste também do título executivo judicial*".

O advento do aludido item IV do enunciado nº 331 do TST gerou manifesta irresignação do Poder Público, eis que acabou por negar vigência ao parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos ou, implicitamente, declarou-lhe inconstitucional.

Diante da necessidade de uma definição do Poder Judiciário a respeito da validade da referida norma, ante a instabilidade jurídica de decisões judiciais díspares, o governador do Distrito Federal ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, que foi registrada sob o nº 16 – ADC 16/DF, sendo em tal feito sido declarando constitucional o artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, isso não autoriza o entendimento de que a Administração Pública não se apresenta responsável diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas a cargo das empresas prestadores de serviços terceirizados. Ao contrário, se demonstrada a culpa *in vigilando* do ente público, se faz devida a respectiva reparação civil, sob o prisma subjetivo, a fim de que sejam resguardados os direitos fundamentais dos trabalhadores.

A partir de tal decisão, alterou o TST sua posição quanto à questão, reeditando a Súmula 331. Pelo novo entendimento consolidado pelo Enunciado, a atribuição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento de suas contratadas em relação às verbas trabalhistas de seus empregados deixou de ser automática, passando a se fazer necessária a comprovação, caso a caso, de que houve culpa por parte do ente público.

Insta frisar que os créditos trabalhistas têm natureza alimentar, e deste modo, não podem ser ignorados pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas do empregador, sob pena de se admitir o trabalho escravo. Devida e necessária se mostra a efetivação do princípio da proteção ao trabalhador, além da imperiosa observância do dever geral de não causar dano a outrem.

Dentro dessa nova realidade interpretativa, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, enquanto tomador de serviços, resta fundamentada no ordenamento jurídico pátrio, seja pelas disposições positivadas, seja pelos princípios gerais de direito e de direito do trabalho.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho – Alice Monteiro de Barros – Editora LTr75 - 7ª Edição, 2011.

CASTRO, Rubens Ferreira de. A Terceirização no Direito do Trabalho. São Paulo, Editora Malheiros, 2000.

DELGADO, Gabriela. Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo, Editora LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do Trabalho, 7ª Edição, Editora LTr., 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Brasileiro, 16ª edição, Editora Saraiva, 2000.

GASPARINI, Diógenes Gasparini. Curso de Direito Administrativo, 7ª edição, Editora Saraiva, 2006.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços – Michel Olivier Giraudeau – Editora LTr - 1ª Edição, 2010.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. Contrato Administrativo – Tendências e Exigências Atuais, Editora Fórum, 2007.

<http://www.presjur.com.br/node/3093>

MAGANO, Octavio Bueno Magano. Política do Trabalho, Editora LTr, 1992.

MARTINS, Sergio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho, Editora Atlas 11ª Edição, 2011.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 13ª edição, Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 20ª edição, Editora Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, Editora Malheiros, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do Trabalho, Editora Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgrand. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais, Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Homero Batista da. Curso de Direito do Trabalho Aplicado, Volume 1, Parte Geral, Editora Elsevier, 2009.

SUPLEMENTO LTr 51-3/276.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho, Volume 1, Editora LTr, 1996.